

BERUFSGEHEIMNIS UND AUFZEICHNUNGEN
DES ARZTES IM STRAFVERFAHREN

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

1969

vorgelegt von

Jutta Steinberg-Copek

Rechtsanwältin in Berlin

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550807_0028

BERUFSGEHEIMNIS UND AUFZEICHNUNGEN DES ARZTES
IM STRAFVERFAHREN

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Jutta Steinberg-Copek

Rechtsanwältin in Berlin

1968



Erstgutachter: Professor Dr. iur. Blei

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Heinitz

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Dezember 1969

Einleitung	1
------------	---

1. Teil

Das ärztliche Berufsgeheimnis und seine schriftliche Fixierung	3
---	---

A. Das ärztliche Berufsgeheimnis	3
----------------------------------	---

I. Der Grund für den Schutz des ärzt- lichen Berufsgeheimnisses	3
--	---

1. Im materiellen Recht	3
-------------------------	---

2. Im Prozeßrecht	17
-------------------	----

II. Inhalt des ärztlichen Berufsgeheimnisses	27
--	----

1. Im materiellen Recht	27
-------------------------	----

a) Offenkundigkeit	28
--------------------	----

b) Geheimhaltungswille und Geheim- haltungsinteresse	30
---	----

c) In der Eigenschaft als Arzt bekannt geworden	34
--	----

2. Im Prozeßrecht	36
-------------------	----

3. Ist der Unterschied zwischen ärztlichem Berufsgeheimnis im materiell- und pro- zeßrechtlichen Bereich gerechtfertigt ?	37
---	----

III. Der Geheimnisberechtigte	41
-------------------------------	----

1. Im materiellen Recht	41
-------------------------	----

2. Im Prozeßrecht	50
-------------------	----

B. Schriftliche Fixierung	52
---------------------------	----

I. Inhalt	52
-----------	----

II. Rechtsnatur	53
-----------------	----

2. Teil

Die Vorschriften der Strafprozeßordnung zum ärztlichen Berufsgeheimnis	57
A. Zeugnisverweigerungsrecht	57
I. Ein Recht zur Zeugnisverweigerung	57
II. Der Arzt macht von seinem Recht keinen Gebrauch	59
1. Folgen für das materielle Recht	59
2. Folgen für das jeweilige Strafverfahren	61
III. Entbindung von der Schweigepflicht	66
1. Aussagepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO	66
2. Uneingeschränkte Aussagepflicht?	72
a) Fehlende Kenntnis des Einwilligenden von dem Inhalt der Aussage	73
b) Schädigende Wirkung der Aussage	79
B. Beschlagnahmeverbot	92
I. Umfang des Beschlagnahmeverbots	92
1. Schriftliche Mitteilungen	92
2. Aufzeichnungen	96
3. Andere Gegenstände	98
4. Insbesondere Krankenblätter	99
a) Tatsächliche Untauglichkeit als Beweismittel	100
b) Rechtliche Untauglichkeit als Beweismittel	102
II. Wirkung des Beschlagnahmeverbots	112
1. Beweisverbot	112
2. Verwertungsverbot	113
a) Für das laufende Verfahren	113
b) Für jedes weitere Verfahren	118
c) Bei der unzulässig gewordenen Beschlagnahme	121

	<u>Seite</u>
III. Ausnahmen vom Beschlagnahmeverbot	131
1. Der fehlende Gewahrsam des Arztes	132
a) Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Arztes	132
b) Beschlagnahmeverbot de lege ferenda trotz Gewahrsamsverlusts?	136
2. Die Teilnahme des Arztes	138
3. Producta et instrumenta sceleris	141
4. Entbindung von der Schweigepflicht	142
a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte	142
b) Zusammenhang mit dem Zeugnisver- weigerungsrecht	144
c) Praktikabilitätsabwägungen	146
d) Keine Verfügung des Einwilligenden über die Krankenblätter	148
e) Die Krankenpapiere enthalten mehr, als im laufenden Verfahren interessiert	149
f) Die Entbindungserklärung des Patienten umfaßt nicht den gesamten Inhalt des Krankenjournal	152
IV. Der Arzt als Alleintäter	155
1. Keine Beachtung in § 97 StPO	155
2. Erweiterung des Beschlagnahmeverbots de lege ferenda	156
Rechtspolitische Schlußfolgerungen	165

LITERATURVERZEICHNIS

- Andenaes Beweisverbote im Strafprozeß nordischer Länder, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 46. DJT 1966, Band 1, Teil 3 A, Seite 1
- Arndt Schutz (z.B. des Arztgeheimnisses) vor dem Ermittlungsentschluß der Staatsanwaltschaft (152 StPO), NJW 1962, 2000
- " Das Schweigen vor Gericht, NJW 1966, 86
- Bauer Lehrbuch des Strafprocesses, Göttingen, 1835
- Baumann Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage, GA 1959, 33
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 29. Auflage, 1966
- Becker Zeugnisverweigerungsrecht und Schweigepflicht, Die Medizinische, 1953, 1470
- Beling Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46, 1903
- Bewer Entbindung von der Schweigepflicht für die Zeit nach dem Tode des Patienten, Berliner Ärzteblatt, 1960, 405
- " Nochmals: Herausgabe der Krankenblätter durch den Arzt, JR 1956, 11
- Binding Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Auflage, 1902
- Bleich Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammengerufenen Vereinigten Ständischen Ausschusses, 3. Band, 1848
- Bockelmann Ärztliche Schweigepflicht und Verkehrssicherheit, in Recht und Medizin im Die der Verkehrssicherheit, Schriften der Landesverkehrswacht e.V., Nr.3, 1962, 8
- Bohne-Sax Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses im Deutschen Recht, in Deutsche Landesreferate zum III. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, 931

- osch Grundsatzfragen des Beweisrechts, 1963, S. 80: Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht der "Geheimnisträger" nach dem Tode des "Geheimnisgeschützten".
- ovensiepen Briefgeheimnis, in "Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung", herausgegeben von Nipperdey, 1929, Band I, S. 387
- usch Zum Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten, in Festschrift für Eberhard Schmidt, zum 70. Geburtstag, 1961, 567
- osta Die gerichtsverfassungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes, MDR 1953, 577
- alcke-Fuhrmann-
phäfer Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, 1961
- illinger Das 3. Strafrechtsänderungsgesetz, I. Teil Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953, 432
- aschl Das Berufsgeheimnis im Strafrecht, jur. Diss., München 1938
- epgen Geschichte der Medizin, 2. Band, 1. Hälfte, 2. Auflage, 1959
- aher-Maassen Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 1959
- annebier Zur Tagebuchentscheidung des Bundesgerichtshofs, MDR 1964, 965
- ermayer Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 1924
- Der Arzt im Recht, Rechtliches Handbuch für Ärzte, 1930
- Die Unruhen in Berlin-Moabit und das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, DJZ 1910, 1220
- Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und Rechtsanwälte, JW 1911, 199
- tert Diskussionen, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, 1966, Band II, F 92

- Ehrhardt und Villinger Schweigepflicht, Schweigerecht und ärztliche Aufzeichnungen, in Psychiatrie der Gegenwart, Band III, 1961, 203
- Eichmann-Mörsdorf Lehrbuch des Kirchenrechts, II. Band, 10. Auflage, 1958
- Eisner Die Gefahren der Öffentlichkeit des Strafverfahrens, DJZ 1909, 523
- Engisch Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58, 1
- Erdsiek Zur Schweigepflicht des Arztes nach dem Tode des Patienten, NJW 1963, 632
- Finger Der Geheimnisbruch. Das Eindringen in die Geheimsphäre und das Preisgeben anvertrauter Geheimnisse, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band VIII, 1906, S. 293
- Flor Ein Beitrag zur Frage : Amtsarzt und ärztliche Schweigepflicht, Zeitschrift für das gesamte Arztrecht, 1952, 213
- " Beruf und Schweigepflicht - eine Gegenüberstellung, JR 1953, 368
- Frank Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Auflage, 1924
- Frey Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts, Festschrift zum 70. Geburtstag von H. F. Pfenniger, S. 41
- Gerland Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1932
- " Der Deutsche Strafprozeß, 1927
- Giesker Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, 1905 Zürich,
- Glaser Handbuch des Strafprozesses, 1. Band, 1883
- Göbbels Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, 1950
- " Von der ärztlichen Schweigepflicht und ihrer Durchbrechung, Neue medizinische Welt, 1950, 1205

- Göppinger Die Beschlagnahmefreiheit der ärztlichen Aufzeichnungen, AM 1959, 361
- Die Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten und ihre Auswirkung im Prozeß, AM 1958, 1326 und 1354
- Anmerkung zu LSG Bremen, NJW 1958, 278
- Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenkarteien, NJW 1958, 241
- Holtammer Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Teil II, 1852
- Grünwald Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in Arzt und Recht, herausgegeben von Göppinger, 1966, 125
- Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489
- Hüter Recht und Pflicht der Herausgabe von Krankengeschichten und Untersuchungsunterlagen, AM 1956, 64 und 99
- Landel Anmerkung zu BGH, NJW 1964, 1139
- Leiser Lehrbuch der Geschichte der Medizin, 1. Band, 3. Bearbeitung, 1875
- Lohn Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 3. Band, Materialien zur Strafprozeßordnung, 1. Abteilung, 1880
- Meesen-Göhmann-Nochmals : Krankenpapiere und Sozialgerichte, AM 1954, 546
- Münstermann Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozeß, JR 1964, 441
- Reinitz Diskussionen, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Band 2, F 136
- Reinikel Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 1953
- Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion, Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag 1957, in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, 1958, 2. Band, Teil D, D 59

- Herdegen Zur Beschlagnahme und Verwertung schriftlicher Mitteilungen im Gewahrsam von Angehörigen des Beschuldigten, GA 1963, 141
- Herold Die Beschlagnahme von Krankenblättern im Ermittlungsverfahren gegen den Arzt, Die neue Polizei, 1965, 125
- Hess Beschlagnahme von Krankenblättern durch die Staatsanwaltschaft, AM 1963, 497
- " Vorlage von Krankengeschichten an die Sozialgerichte, AM 1954, 487
- Hiendl Darf bei Alkoholverkehrtsdelikten der die Blutprobe entnehmende Arzt vor dem Gericht die Aussage über den klinischen Befund verweigern? NJW 1958, 2100
- Hinschius System des katholischen Kirchenrechts, 4. Band 1959
- Hippel, von Der Deutsche Strafprozeß, Lehrbuch, 1941
- " Über Grenzen der Beschlagnahme, ZStW 47, 523
- Holtzendorff Sicherungsmaßregeln zur Erhaltung des Tatbestandes und gegen die Person des Beschuldigten, Beschlagnahmen, Durchsuchungen und Verhaftungen, Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1. Band, 1879, 305
- Horn Das Preußische Medicinalwesen, 1857
- Jaspers Philosophie und Welt, Reden und Aufsätze, 1958. Die Idee des Arztes, S. 169
- Jellinek Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 3. Jahrgang (1907) 656
- Kahl Der Arzt im Strafrecht, 1909
- Karitzky Die Geschichte der Zeugnisverweigerungsrechte, jur. Diss. Heidelberg, 1959
- Kaufmann, Arthur Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune, Die Neue Ordnung, 1958, 189
- " Anmerkung zu OLG Nürnberg, NJW 1958, 272

- Kleinknecht Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1537
- KMR (Müller-Sax) Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1. Band, 6. Auflage, 1966
- Klug Beweisverbote im Strafprozeß, Referat zum 46. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 46. DJT, 1966, Band 2, F 30
- Köhler Lehre vom Strafantrag, 1899
- Kohler Das Recht an Briefen, 1893
- Kohlhaas Problem der Beschlagnahme von Karteien bei Verdacht einer strafbaren Handlung des Arztes (Steuerhinterziehung), NJW 1962, 670
- " Aktuelle Fragen aus der ärztlichen Schweigepflicht, Berliner Ärzteblatt, 1960, 469
- " Anmerkung zu OLG Celle, JR 1965, 109
- " Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65
- " Zur Beschlagnahme von Arztkarteien und Entbindung von der Schweigepflicht, JR 1958, 328
- " Herausgabepflicht und Beschlagnahme ärztlicher Aufzeichnungen, NJW 1964, 1162
- " Die Pflicht zur Herausgabe und die Beschlagnahme von ärztlichen Aufzeichnungen, Berliner Ärzteblatt, 1961, 582
- " Aktuelle Arztrechtsprobleme, Berliner Ärzteblatt, 1963, 360
- " Ärztliche Schweigepflicht und Meldung fahruntüchtiger Fahrer an die Verkehrsbehörden, DAR 1957, 345
- " Vom ersten Zugriff zum Schlußgehör, NJW 1965, 1254
- " Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Kindesmißhandlungen, NJW 1967, 958
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch, 43. Auflage, 1961
- Kries Lehrbuch des Deutschen Strafprozesses, 1892

Kunert	Diskussionen, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, 1966, Band 2, F 101
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 2. Band, 8. Auflage, 1958
" "	Strafgesetzbuch, 2. Band, 6. u. 7. Auflage, 1951
Lenckner	Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, 321
"	Anmerkung zu LG Augsburg, NJW 1964, 1186
Liebmann	Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse, 1890
Liertz-Paffrath	Handbuch des Arztrechts
Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage, 1927
Löhr	Die ärztliche Schweigepflicht und ihre Grenzen im Strafverfahren, jur. Diss. Erlangen, 1934
Löwe	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, 1884
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Band, 21. Auflage, 1963 2. Band, 21. Auflage, 1965
Lürken	Diskussionen, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Band 2, F 98
Maassen	Anmerkung zu OLG Celle, MDR 1952, 377
Maurach	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Auflage, 1964
Mayer, Hellmuth	Inwieweit ist Beweismaterial in der Hand des Verteidigers beschlagnahmefrei? SchlHA 1955, 346
Melzer	Der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht nach § 300 StGB, jur. Diss. Berlin, 1957
Merkel	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889
"	Strafprozeß und Strafvollzugsrecht, 1931
Mezger-Blei	Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, 1966

- Michaelis Anmerkung zu BayOblG, NJW 1966, 117
- Mittelsbach Anmerkung zu OLG München, MDR 1956, 565
- Mittermaier, C.J.A. Über den Zwang zur Herausgabe von Urkunden im Strafprocess, Neues Archiv des Criminalrechts, 1822, 306
- " Die Lehre vom Beweis im Deutschen Strafprocess, 1834
- Mittermaier, W. Gutachten über § 300 RStGB, ZSTW 21, 197
- Müller, G.O.W. Beweisverbote im amerikanischen Recht, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 46. DJT 1966, Band 1, Teil 3 A, 33
- Müller-Dietz Die Beschlagnahme von Krankenblättern im Strafverfahren, jur. Diss. Freiburg, 1965
- Niethammer Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950
- Oehler Postgeheimnis, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, II. Jahrgang, 605
- Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Band, 11. Auflage, 1927
- Ott Der Fall Dr. Dohrn, eine Dokumentation zur Schwangerschaftsverhütung und der "guten Sitten", 1964
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Auflage, 1968
- Peters Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 46. DJT 1966, Band 1, Teil 3 A, 91
- " Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1966
- Pfeifer Zur Frage der Offenlegung der Krankengeschichten im Verfahren nach dem Erbkrankennachwuchsgesetz, JW 1936, 3031
- Porsch Die Herausgabepflicht von Krankenpapieren und die Auskunftspflicht des Arztes im Sozialgerichtsverfahren, JR 1956, 453
- Rahn Von den Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, AM 1955, 187
- Rauschenbach Die ärztliche Schweigepflicht, jur. Diss. Hamburg, 1956
- Reichsgerichtsräte-kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch, II Band, 2. Teil, 11. Auflage, 1960

- Roßhirt Pflicht zum Zeugnisse im Strafprozesse,
Zeitschrift für Deutsches Strafverfahren,
1846, 94
- Roth Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und
Rechtsanwälte, JW 1911, 130
- Rupp Beweisverbote im Strafprozeß in verfas-
sungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den
46. Deutschen Juristentag, 1966, Band I,
Teil 3 A, 165
- Russek Das ärztliche Berufsgeheimnis, jur. Diss.
Zürich, 1954
- Sarstedt Beweisverbote im Strafprozeß, Referat zum
46. Deutschen Juristentag, in Verhandlung-
en des 46. DJT 1966, Band II, F 8
- Sauer System des Strafgesetzbuchs, Besonderer
Teil, 1954
- Sauter Das Berufsgeheimnis und sein strafrecht-
licher Schutz (§ 300 RStGB), Strafrecht-
liche Abhandlungen, Heft 123, 1910
- Sax Über die Zulässigkeit der prozessualen Ver-
wertung privater Tagebuchaufzeichnungen als
Beweismittel, JZ 1965, 1
- Schmelcher,
Siegmond-Schultze Beschlagnahme und Herausgabe von Kranken-
unterlagen, Münchener Medizinische Wochen-
schrift, 1963, 2051
- Eb. Schmidt Brennende Fragen des ärztlichen Berufsge-
heimnisses, 1951
- " Berufsgeheimnis und Steuerrecht, JZ 1951,
211
- " Der Arzt im Strafrecht, in Ponsold's Lehr-
buch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage,
1957
- " Ärztliche Schweigepflicht und kein Ende,
Deutsche Medizinische Wochenschrift 1954,
1649
- " Ärztliche Schweigepflicht im Bereich der
Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1745
- " Der Arzt im Strafrecht, (Leipziger rechts-
wissenschaftliche Studien, H. 116), 1939

- Eb. Schmidt Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 44. DJT 1962, I. Band, 4. Teil
- " Bedarf des Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes? Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 36. DJT 1931, 1. Band, 101
- " Straf- und prozeßrechtliche Fragen in der Sozialgerichtsbarkeit, Der medizinische Sachverständige, 1961, 242
- " Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Auflage, 1964;
Teil II, 1957;
Nachtragsband I, 1967
- " Krankengeschichten und ärztliche Schweigepflicht, Die medizinische Welt, 1951, 435
- " Die Verletzung der Belehrungspflicht gem. § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ 1958, 596
- Schneidewin Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung. JR 1951, 481
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 13. Auflage, 1967
- Schulz Der Arzt vor dem Richter, 2. Auflage, 1961
- " Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht in strafrechtlichen Nebengesetzen, GA 1962, 274
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch, 29. Auflage, 1967
- Schwarz-Kleinknecht Kurzkommentar zur Strafprozeßordnung, 27. Auflage, 1967
- Schwarze, von Kommentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung, 1878
- Teiler Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, 1960
- Tendler Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozeß mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und französischen Rechts, jur. Diss. Berlin, 1956

Seydel	Anmerkung zu BGH, NJW 1966, 740
Siegel	Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß, 190
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, II. Band, 9. Auflage, 1962
Spendel	Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1102
"	Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964 465
Staudinger's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ba II, 4. Teil, 11. Auflage, 1960
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Band 18. Auflage, 1953
Stern	Recht und Pflicht der Herausgabe von Krankengeschichten, AM 1956, 470
Thielicke	Theologische Ethik, 2. Band, 1. Teil 1955
Thiersch	Beschlagnahme ärztlicher Krankenjournalen. Eine Lücke der Strafprozeßordnung, DJZ 1904, 354
Ullmann	Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts 1893
Weigand	Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses in der Rechts- und Heilpflege unter besonderer Berücksichtigung der Offenbarungsbefugnis, jur. Diss. Würzburg, 1950
Weiser	Begriff, Wesen und Formen des strafbaren Glücksspiels, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 49, 1930
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, 10. Auflage, 1966
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band II, Teil 2, 1957
Wiethaup	Herausgabe von Krankenblättern an Dritte? JR 1954, 174
Woesner	Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht, NJW 1957, 692

Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz) nebst Begründung, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode, 1949, Drucksache Nr. 3713

Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung (E 1962)

Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Band 9

Stenografische Berichte der 236., 265., 269. und 270. Sitzung, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode, 1949, Band 13 und 16

Einleitung

Die Schweigepflicht der Ärzte wirft zahlreiche Probleme auf; auch die Frage, ob und wie weit das ärztliche Berufsgeheimnis und seine schriftliche Fixierung, nämlich die Krankengeschichten, im Strafverfahren zu Beweis Zwecken herangezogen werden können, gehört in den Kreis der Probleme um die ärztliche Schweigepflicht.

Im Strafprozeß tritt die Pflicht der Ärzte zur Verschwiegenheit in den Widerstreit mit Belangen der Strafrechtspflege, in deren Interesse eine möglichst umfassende Offenbarung und Benützung aller geeigneten Beweismittel liegt, und es entsteht die Frage, welches Interesse vorzugehen hat. Der Gesetzgeber hathierauf eine klare Antwort gegeben, und zwar durch das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, durch die Einschränkung der Herausgabepflicht in § 95 Abs. 2 Satz 2 StPO und durch das Verbot in § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO, Aufzeichnungen zu beschlagnahmen, welche die in § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.

Damit verzichtet der Gesetzgeber im Interesse der ärztlichen Schweigepflicht auf Beweismittel, die zur Sachverhaltsaufklärung geeignet sein können, er sieht also die Respektierung der Schweigepflicht gegenüber dem Strafverfahrensinteresse als vorrangig an.

Trotz dieser grundsätzlichen Interessenabwägung sind heute auch im Bereich des Strafverfahrens noch einige Probleme um das ärztliche Berufsgeheimnis ungeklärt und umstritten. Problematisch ist insbesondere die Wirkung der uneingeschränkten Entbindung von der Schweigepflicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht und auf das Beschlagnahmeverbot. Daneben herrscht Unsicherheit über die Zulässigkeit der Beschlagnahme von Krankenblättern bei einer Alleintäterschaft des Arztes.

Für diese umstrittenen Probleme muß eine Lösung gefunden werden, die mit der grundsätzlichen Interessenabwägung des Gesetzgebers im Einklang steht.

Da die Beantwortung der einzelnen Streitfragen von dem Zweck der ärztlichen Schweigepflicht und des Zeugnisverweigerungsrechts für Ärzte beeinflußt wird, muß zunächst untersucht werden, welches Rechtsgut durch § 300 StGB geschützt wird und welche Aufgaben das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und das Beschlagnahmeverbot erfüllen.

1. Teil

Das ärztliche Berufsgeheimnis und seine schriftliche Fixierung

Das ärztliche Berufsgeheimnis

Der Grund für den Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses

Im materiellen Recht

Die Frage, welchen Sinn das Schweigegebot für Ärzte des § 300 StGB hat, welches Rechtsgut damit geschützt wird, ist seit der Erheftung der Vorschrift stark umstritten und hat bis heute keine einhellige Antwort erhalten. Nach wie vor stehen sich zwei Meinungen gegenüber, die sogenannte individuelle¹⁾ und die sogenannte soziale²⁾ Richtung.

Die individuelle Meinung sieht ein Persönlichkeitsrecht des Betroffenen als geschütztes Interesse an, die soziale Theorie dagegen hält die Volksgesundheit für das Rechtsgut der Vorschrift.

Während unter den Vertretern der individuellen Ansicht zwar schon früher Einigkeit darüber bestand, daß ein Persönlichkeitsrecht durch § 300 StGB geschützt werden sollte, war es lange Zeit streitig, welches individuelle Interesse darunter zu verstehen war. Es wurde der Geheimhaltungswille als geschützt angesehen von den Vertretern der "Willenstheorie"³⁾. Die "Interessentheorie" sah das Interesse an der Geheimhaltung als geschützt an.⁴⁾ Das Ver-

¹⁾ OLG Hamburg, NJW 1962, 698; OLG Nürnberg, NJW 1958, 272; Schönke-Schröder, § 300, I; LK (Jagusch), § 300, 1; Kohlrausch-Lange, § 300 IV; Maurach, § 22, I A; Mezger-Blei, S. 123; Erd-siek, NJW 1963, 632; Sauter, S. 26 ff; Rauschenbach, S. 24 ff; Weigand, S. 28 ff; Rahn, AM 1955, 187

²⁾ Liebmann, S. 28; Eb. Schmidt, Brennende Fragen, S. 9; ders. JZ 1951, 211; ders. Der med. Sachverst., 1961, 242; ders. NJW 1962, 1745; Kaufmann, DNO 1958, 189; ders. NJW 1958, 272; Göp-pinger, NJW 1958, 278

³⁾ Binding, Lehrbuch Bes.Teil 1.Bd., S. 127; Sauter, S. 32 ff.; LK (Nagler), 6. u. 7. Aufl. 1951, § 300 I 1; wohl auch Frank, § 300 IV

⁴⁾ Köhler, S. 51; Sauer, § 30 II 2; Liszt-Schmidt, S. 590

trauen des einzelnen in die Verschwiegenheit des Arztes sahen die Vertreter der "Vertrauenstheorie" als Rechtsgut an ¹⁾. Heute dagegen wird überwiegend angenommen, daß geschütztes Rechtsgut die Geheimsphäre des einzelnen ist ²⁾.

In einer eingehenden Abhandlung hat besonders Giesker ³⁾ nachgewiesen, daß die Geheimsphäre ein Teil der Persönlichkeit ist und daß jeder ein Recht auf einen geschützten Geheimbereich haben er gegenüber der Außenwelt abschirmen will und kann. Die Vertreter der individuellen Theorie sind der Ansicht, daß die Geheimsphäre aber nur in den Fällen eines strafrechtlichen Schutzes bedürfe, in denen einem Berufsangehörigen erfahrungsgemäß besonders tiefer Einblick in fremde Verhältnisse gewährt werde und besondere Beziehungen zwischen zwei Personen bestünden ⁴⁾, bzw. in denen ein Zwang zur Mitteilung an Dritte bestehe ⁵⁾. Da bei der Inanspruchnahme von Ärzten beide Gesichtspunkte zutreffen, habe der Gesetzgeber daher mit § 300 StGB den erforderlichen Schutz der Geheimsphäre vorgenommen ⁶⁾.

Daneben berufen sich die Vertreter der individuellen Ansicht zur Begründung auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Vorschrift, ihre Stellung im Gesetz ⁷⁾, auf das Antragserfordernis und die geringfügige Strafandrohung ⁸⁾.

Dazu wird im einzelnen ausgeführt: Früher sei die Verletzung der Schweigepflicht überwiegend als "iniurie" angesehen worden

1) Finger, S. 370; Mittermaier, ZStW 21, 197 (205)

2) Maurach, § 22 I; Schönke-Schröder, § 300 I; Kohlrausch-Lange, § 300 IV; LK (Jagusch), § 300 1; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 45

3) S. 20

4) Finger, S. 357; Maurach, § 22 I Ce

5) Giesker, S. 136 ff.; Sauter, S. 40

6) Die in Anm. 4) und 5) Genannten

7) Maurach, § 22 I A; Sauter, S. 28

8) OLG Hamburg, NJW 62, 689 (691); LK (Jagusch), § 300, 1

als Delikt gegen das individuelle Persönlichkeitsrecht
Ehre¹⁾, und demgemäß habe das Gebot der ärztlichen
Schweigepflicht in dem Preußischen StGB von 1851 seinen Platz
in den Ehrverletzungsdelikten erhalten. Daraus sei zu erse-
hen, daß der Grund der Strafandrohung in der Mißachtung frem-
der Persönlichkeit erblickt worden sei. Erst nachdem man er-
kennt habe, daß bei der Verletzung der Schweigepflicht nicht
nur die Ehre beeinträchtigt werde, habe man nach einer an-
deren Stellung im Gesetz getrachtet, trotzdem aber den Sinn-
gehalt der Vorschrift beibehalten²⁾. Die sonstigen Strafvor-
schriften des Abschnitts bezweckten ebenfalls den Schutz von
Individualinteressen, nämlich fremden Vermögens. Ein Antrags-
gebot deute immer auf ein geschütztes Privatinteresse hin, und
die Strafandrohung bleibe weit hinter der solcher Vorschriften
zurück, die, wie z. B. §§ 354, 355 StGB, im öffentlichen In-
teresse Schweigen gebieten³⁾.

Trachtet man diese Argumente, so ist zwar zuzugeben, daß die
Strafandrohung des § 300 Abs. 1 StGB, nämlich Gefängnis bis zu
Monaten und bzw. oder Geldstrafe, nicht übermäßig groß ist
und erheblich hinter den Strafandrohungen anderer Vorschriften,
die unstreitig nicht individuelle Rechtsgüter schützen, zurück-
steht. Aber eine niedrige Strafandrohung spricht weder für den
Schutz individueller noch allgemeiner Interessen. Vielmehr wird
vielmehr oft ein Verstoß gegen Vorschriften zum Schutz öffentlicher
Interesse, z. B. die Straßenverkehrsgesetze, nur mit geringer
Strafe bedroht, während rein individuelle Rechtsgüter, wie Le-
ben, Gesundheit und Eigentum, den höchsten Strafschutz genießen.

Finger, S. 302; Seiler, S. 41 ff
Maurach, a.a.O.; Sauter, S. 29 ff
Sauter, a.a.O.

Ein Antragserfordernis kennt das geltende Strafgesetzbuch auch in anderen Fällen, in denen nicht lediglich private Interessen geschützt werden. So ist z. B. die Strafverfolgung der Eheerschleichung, § 170 StGB, des Ehebruchs, § 172 StGB ¹⁾, der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs, § 179 StGB, der Verführung Minderjähriger, § 182 StGB ²⁾, von der Stellung eines Strafantrages abhängig, obwohl das Rechtsgut der genannten Vorschriften nach herrschender Meinung nicht individueller, sondern öffentlicher Natur ist ³⁾.

Auch die Ermächtigung, die in den §§ 90, 90b, 97 Abs. 3, 104 a 106 b, 353 b StGB als Prozeßvoraussetzung normiert ist, läßt die Strafverfolgung von Verstößen gegen Strafbestimmungen zum Schutz öffentlicher Interessen von dem Willen einer Person bzw. Behörde abhängen.

In allen diesen Fällen wird für die Frage der Strafverfolgung auf das Interesse einer Person Rücksicht genommen, weil diese durch die Strafvorschrift zwar nicht unmittelbar geschützt werden soll, aber doch in ihren individuellen Rechten betroffen ist. Das Einschreiten der Strafverfolgungsbehörde, ohne den Willen des Betroffenen zu beachten, könnte im Einzelfall mehr Schaden anrichten, als es die Unterlassung der Strafverfolgung tun würde ⁴⁾. Die Rücksichtnahme auf die Interessen des einzelnen erschien dem Gesetzgeber hier wichtiger als die unbedingte Bestrafung des Täters, obwohl die Strafvorschriften diese Interessen nicht schützen sollen.

1) Beispiele bei Sauter, S. 27

2) Beispiele bei Eb. Schmidt, NJW 62, 1745

3) Schönke-Schröder, vor § 169 I, vor § 173 I

4) Sauter, S. 27; ähnliche Gedanken bei Bockelmann, in Sonderdruck d. Schriften d. Landesverkehrswacht e.V., Nr. 3, 1962, S. 95

enso könnte auch im Rahmen des § 300 StGB das Antragsrecht
werten sein. Daß nämlich bei der Verletzung der Schweige-
pflicht durch den Arzt private Interessen einzelner berührt
werden, bedarf keiner näheren Begründung, da die offenbarten
Tatsachen sich stets auf bestimmte Personen beziehen werden.
Auch eine öffentliche Strafverfolgung könnten die Tatsachen
noch weiter verbreitet werden, als es durch die Offenbarung
durch den Arzt geschehen ist, und damit Interessen des einzel-
nen noch stärker verletzt werden ¹⁾.

Beachtung von privaten Interessen durch Gewährung des
Antragsrechts spricht daher ebenfalls zwingend weder für
den Schutz individueller noch sozialer Rechtsgüter.

Insoweit, wie sich aus der relativ niedrigen Strafandrohung
aus dem Antragsrecht ein Schluß auf das geschützte Rechts-
gut ziehen läßt, hilft die Stellung der Strafvorschrift im
StGB weiter.

Die meisten Vertreter der individuellen Theorie halten die Plazie-
rung des § 300 in dem 25. Abschnitt für eine "Verlegenheits-
anordnung" ²⁾. Auch wenn die übrigen Vorschriften des Abschnitts
den Schutz fremden Vermögens gerichtet sind ³⁾, so hat doch
der Schutz von Persönlichkeitsrechten weder mit dem Gesamtver-
schutze noch mit Eigennutz etwas gemein. Eher hätte die Dinglie-
gung der Schweigepflichtverletzung in oder nach dem Abschnitt,
den Schutz der Ehre bezweckt, den Zusammenhang der Vorschrift
mit Persönlichkeitsrechten gezeigt.

Sauter, a.a.O.; Bockelmann, a.a.O.

Weigand, S. 19; so auch Maurach, § 22 I A;

So Sauter, S. 29; dagegen hält Weiser, S. 69 ff das
Rechtsgut der §§ 284 ff für ein öffentliches, nicht
individuelles; mehr als nur individuelle Interessen
sehen Kohlrausch-Lange, § 292, 1, LK (Jagusch), § 292 1,
und v. Hippel, Lehrb., S. 251 in § 292 StGB als ge-
schützt an.

Während also die bisher betrachteten Argumente keine Begründung für die individuelle Theorie ergeben, spricht die ebenfalls als Grund herangezogene Entwicklungsgeschichte der Strafvorschrift über die Verletzung der Schweigepflicht eher gegen sie.

Bei der rechtsgeschichtlichen Betrachtung des ärztlichen Schweigegebots darf nicht lediglich die Entstehung des § 300 StGB in der heute noch geltenden Fassung berücksichtigt werden; es muß vielmehr aufgezeigt werden, worin der Ursprung, daneben der konkrete Anlaß für eine gesetzliche Regelung der Schweigepflicht überhaupt bestand.

Den Gedanken der ärztlichen Schweigepflicht kannte man bereits im Altertum; so ist ein Schweigegebot für Ärzte schon im ältesten medizinischen Sanskritwerk, der Ayur-Veda von Châraka ¹⁾, enthalten und besonders bekannt ist der "Eid des Hippokrates"; mit ihm gelobte der Arzt Stillschweigen über alles, was er bei der Behandlung Kranker erfuhr ²⁾. Diese ältesten Schweigepflichten haben ihren Ursprung allein in ethischen Grundsätzen, ohne aber gleichzeitig kraft Gesetzes auferlegt zu sein ³⁾.

Während im alten römischen und kanonischen Recht bereits Anfänge einer gesetzlichen Regelung der Schweigepflicht enthalten sind, kam es in Deutschland erst im 17. bzw. 18. Jahrhundert zu einer gesetzlichen Regelung. Die Tatsache, daß bis dahin die Schweigepflicht in Deutschland gar nicht oder nur als ethische Pflicht existierte, erklärt sich aus dem Personenkreis, dem die Heilkunde oblag. Obwohl es bereits an Universitäten ausgebildete Ärzte gab, denen die Standespflicht auch ein Schweigegebot auferlegte, wurde die ärztliche Tätigkeit überwiegend als Privattätigkeit von Nicht-Ärzten, z.B. alten "weisen" Frauen, Geistlichen, Barbieren, Schäfern, Henkern usw. ⁴⁾, ausgeübt. Infolge dieser Struktur der Heilkunde als privater Tätigkeit gab es keinen besonderen Beruf

1) Das Werk stammt aus dem 800 v. Chr. beginnenden brahmanischen Zeitalter, Haeser, 1. Bd. S. 15

2) Eb. Schmidt, Arzt i. Strafrecht, S. 3, Anm. 4

3) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 43

4) Beispiele bei Sauter, S. 11; ähnlich auch Haeser, Bd. 1, S. 8

stand, keine einheitlichen Rechte und Pflichten, keine besondere Berücksichtigung in der Rechtsordnung. Die Beziehungen zwischen Arzt und Patienten wurden durch staatliches Eingreifen nicht beeinflusst, an der Statuierung einer gesetzlichen Schweigepflicht fehlte jegliches Interesse ¹⁾.

Das änderte sich jedoch mit der Bildung des Polizeistaats zu Beginn des 17. Jahrhunderts ²⁾. Der Staat begann ordnend und fürsorglich in alle Bereiche einzugreifen und seine staatliche Gewalt auszuweiten. Soziale Maßnahmen wurden ergriffen und sogar zwangsweise durchgesetzt. Gleichzeitig wurde der Zusammenhang zwischen Einzelerkrankung bzw. -behandlung und der allgemeinen Gesundheit gesehen und die große Bedeutung der Volksgesundheit für jedes Staatswesen erkannt ³⁾. Darum suchte der Staat nunmehr nach Wegen, um eine erfolgreiche Behandlung der Erkrankten zu gewährleisten. Er ordnete die Ausbildung der Ärzte, wachte über die Zulassung und verbot die Kurpfuscherei ⁴⁾. Während es dem Staat vorher völlig gleichgültig gewesen war, wen die Kranken konsultierten, und sich jeder eine Person seines Vertrauens zum Heilen aussuchen konnte, sollte nun die Inanspruchnahme ausgebildeter und approbierter Ärzte erreicht werden. Um das Vertrauen der Allgemeinheit zu dem Ärztestand zu festigen, mußten diesem besondere Pflichten auferlegt werden. Da sich die Offenbarung von Krankheiten und privaten Angelegenheiten der Patienten durch die Ärzte besonders negativ auf das allgemeine Vertrauen auswirken konnte, lag es nahe, die alte ethische Schweigepflicht in ein gesetzliches Schweigegebot zu verwandeln, wie es im Preußischen Medizinaledikt von 1725 ⁵⁾, ihm folgend auch in den übrigen Landesmedizinalordnungen, geschah.

Alle genannten Maßnahmen dienten der allgemeinen Gesundheitspflege und damit öffentlichen Interessen.

1) Sauter, S. 18f

2) Sauter, S. 20; Rauschenbach, S. 7

3) Liebmann, S. 28

4) Sauter, S. 20

5) Text bei Horn, S. 2f

Die folgende liberalistische Epoche brachte eine Änderung dieses Denkens mit sich. Den allgemeinen "los vom Staat" - Bestrebungen im 19. Jahrhundert schlossen sich auch die Ärzte an; die Kurierfreiheit wurde proklamiert. Teils wurde ein völliger Wegfall der gesetzlichen Schweigepflicht angestrebt, teils wurde deren Wert erkannt und die Beibehaltung befürwortet ¹⁾. Da der Schutz individueller Rechte im Vordergrund stand, wurde als Kompromiß das Schweigegebot im Preußischen Strafbuch von 1851 in den Abschnitt über den Schutz vor Ehrverletzungen untergebracht ²⁾. Um zu dokumentieren, daß die Verletzung der Schweigepflicht nicht nur die Ehre betreffe, kam das Schweigegebot in dem Strafbuch für den Norddeutschen Bund und dann im Reichsstrafgesetzbuch in einen besonderen Abschnitt, wo es auch heute noch steht.

Dieser kurze Überblick zeigt, daß zwar bei der Schaffung des § 300 StGB in der heutigen Fassung und seiner unmittelbaren Vorgänger infolge des liberalen Denkens der Schutz von individuellen Rechtsgütern im Vordergrund stand ³⁾, daß die Begründung der Schweigepflicht als eine Rechtspflicht aber hauptsächlich auf den Schutz öffentlicher Interessen zurückzuführen ist. Gerade die Erkenntnis, wie wichtig die allgemeine Gesundheit für jeden Staat ist, brachte die Umwandlung der ethischen Schweigepflicht in eine gesetzliche mit einer Strafandrohung.

Dieses überindividuelle Interesse an der Gesundheitspflege und Gesunderhaltung der Allgemeinheit sieht darum - auch unter Berufung auf die aufgezeigte Entwicklung - die soziale Theorie als geschütztes Rechtsgut des § 300 StGB an. Schon Liebmann ⁴⁾,

1) Vgl. die Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammengerufenen Vereinigten Ständischen Ausschusses, zusammengestellt von Bleich, 3. Bd. 1848, S. 543, 545, 549. Bei der Abstimmung über die Beibehaltung der gesetzlichen Schweigepflicht stimmten 50 Mitglieder dafür, 44 dagegen.

2) § 155 Pr. StGB; Goltdammer, Teil 2, 1852, S. 327

3) Eb. Schmidt, Brennende Fragen S. 17

4) Liebmann, S. 28 f

der als Begründer der sozialen Theorie gilt, war der Ansicht, daß die Gesundheit des einzelnen das Wohlbefinden der Allgemeinheit fördere und die Schweigepflicht daher letzten Endes dem Interesse der Gesamtheit an der Gesundheitspflege diene. Als Leitsatz wird vorangestellt, daß die Beziehungen zwischen Arzt und Patienten niemals isoliert betrachtet werden könnten und ein Patient kein einzelstehendes Geschöpf sei, sondern eine Person, die ihre Stelle und ihre Funktion in der Familie und ihre wenn auch noch so bescheidene Aufgabe in der Gesellschaft habe ¹⁾. Da Kranke die Ärzte nur dann auch in den kritischsten Fällen in Anspruch nähmen und damit die Möglichkeit einer umfassenden und erfolgreichen ärztlichen Tätigkeit gewährleisten, wenn ein allgemeines Vertrauensverhältnis zu der Ärzteschaft bestehe, müsse dieses Vertrauen durch die in erster Linie erforderliche Verschwiegenheit gefördert und geschützt werden. Die gesetzlich auferlegte Schweigepflicht sei wichtige Voraussetzung des Vertrauensverhältnisses, und nur auf dieser Grundlage allein könne ein geordnetes Gesundheitswesen bestehen ²⁾. Daher gilt für die Vertreter der sozialen Theorie als Motiv der Satz: ohne Schweigepflicht kein Vertrauen, ohne Vertrauen keine Pflege und Förderung der allgemeinen Gesundheit.

Wenn auch die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Schweigepflicht ergibt, daß die Umwandlung der anfangs nur als sittliche Forderung bestehenden Standespflicht zur Verschwiegenheit in eine gesetzliche Pflicht auf dem Schutz sozialer Interessen beruhte, so reicht das allein zur Beantwortung der Frage nach dem Rechtsgut des § 300 StGB doch nicht aus; denn die Lösung der sich im Arztrecht ergebenden Probleme und damit auch die Ausgestaltung der Schweigepflicht wird von der jeweils herrschenden Gesellschaftsordnung beeinflusst.

-
- 1) Papst Pius XII, zitiert b. Kaufmann, DNO 58, S. 192
2) Eb. Schmidt, NJW 62, 1745; ders., Der med. Sachv. 61, 242; JZ 51, 211; Kaufmann, NJW 58, 272; ders. DNO 58, 189 (192); Deschl, S. 12 f; Göbbels, NMW 50, 1205; Mittelsbach, MDR 56, 565; Henkel, Lehrb. S. 256; Andenaes, Gutachten S. 25 für das nordische Recht

Die ärztliche Tätigkeit hat seit jeher zwei Seiten, einmal die individuelle, nämlich Hilfeleistung für den einzelnen, zum anderen die soziale, nämlich die Aufrechterhaltung der Volksgesundheit, die ihrerseits mitbestimmend für die wirtschaftliche, politische und geistige Entwicklung eines Staates ist.

Von der jeweiligen Gesellschaftsordnung hängt es ab, welche Seite des Arzttums in den Vordergrund gestellt wird. So ist es zu erklären, daß im Polizeistaat der Gedanke an das öffentliche Wohl für die Schaffung des ärztlichen Schweigegebots ausschlaggebend war, daß in der liberalen Epoche der Grund mehr in dem Schutz individueller Rechte gesehen und in der nationalsozialistischen Zeit dagegen wieder die öffentliche Seite des Arzttums überbewertet wurde ¹⁾.

Die Lösung muß daher von einem anderen Ansatzpunkt versucht werden.

Auszugehen ist von der Tatsache, daß es einen generellen strafrechtlichen Schutz der Geheimsphäre, die die individuelle Theorie als geschütztes Rechtsgut des § 300 ansieht, im geltenden Recht nicht gibt und daß er auch nicht erwünscht ist ²⁾. Auch wenn Sitte und Moral jede Indiskretion mißbilligen und es eine sittliche Hauptpflicht im Zusammenleben der Menschen ist, den fremden Intimbereich zu achten und zu wahren, ist der Einsatz strafrechtlicher Mittel gegen Indiskretionen dennoch nicht zu rechtfertigen, da ein so weitreichendes, verschwimmendes Verbot eine nicht erwünschte Lähmung und Einschränkung des "menschlichen Verkehrs" mit sich bringen würde ³⁾. "Wer indiskret ist, verletzt die gute Sitte des Lebens, und die gute Sitte wird ihn richten" ⁴⁾.

1) Meldepflichten für Ärzte in großem Umfang. Zum Teil wurde sogar ein Behandlungszwangsrecht befürwortet, Göbbels, Duldung ärztlicher Eingriffe, S. 13 und 23

2) Maurach, § 22 I C; Finger, S. 341; Giesker, S. 136; Henkel, Gutachten, D 131; Rupp, Gutachten, S. 199

3) Finger, a.a.O.; ähnlich Henkel, a.a.O.

4) Kohler, Das ^{z.z.} Recht an Briefen, S. 15

Dementsprechend wurde auch im Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 davon abgesehen, der Geheimsphäre generell einen strafrechtlichen Schutz zu gewähren. Es wurde zwar davon ausgegangen, daß der Privatsphäre in der Gegenwart durch Sensationsgier, Mangel an Achtung vor der Menschenwürde, Gewinnstreben und Vervollkommnung technischer Mittel erhebliche Gefahr droht und der Schutz des einzelnen vor dem Eindringen Fremder in seine Privatsphäre den Forderungen des Grundgesetzes entspricht. Aber dennoch war ein Verbot, bloßstellende Tatsachen aus dem Privat- und Familienleben von "Mund zu Mund" weiterzutragen, nicht vorgesehen, da weder kriminalpolitische Bedürfnisse noch die allgemein geltende Anschauung in der Öffentlichkeit ein solches Verbot verlangten. Lediglich öffentlich sollten solche Dinge ohne gerechtfertigtes Interesse nicht berührt werden dürfen ¹⁾.

Betrachtet man das Problem unter diesem Aspekt, so liegt der Schluß nahe, daß es dann auch nicht die Geheimsphäre um ihrer selbst willen ist, die in § 300 StGB geschützt wird, weil das Weitertragen von "Mund zu Mund" - und gerade diese Angriffsart wird von § 300 StGB betroffen - zwar sittlich zu mißbilligen, aber nicht zu bestrafen ist.

Zwei Gesichtspunkte könnten einen Schutz der Geheimsphäre vor dem Weitertragen von "Mund zu Mund" durch den Arzt dennoch rechtfertigen.

Einmal erfährt der Arzt kraft seines Berufs besonders oft viele intime Dinge, ihm wird bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben häufig tiefer Einblick in fremde Verhältnisse gewährt ²⁾. Zum anderen besteht eine gewisse Zwangssituation für den Patienten, seinen Intimbereich einem Fremden zu offenbaren, wenn er geneigt sein will ³⁾.

Die Tatsache allein, daß jemand besonders oft die Möglichkeit hat, einen Angriff gegen ein grundsätzlich nicht geschütztes Rechtsgut zu richten, gibt der Einzelhandlung keinen so großen Unrechtsgehalt, daß ein strafrechtliches Verbot für diese Personen erforderlich wäre. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt eben-

1) E 1962, S. 326 ff, insbes. 329; Henkel, Gutachten, D 117

2) Finger, S. 357; Giesker

3) Finger, S. 341 u. 359; Sauter, S. 40

sowenig einen strafrechtlichen Schutz der Geheimsphäre vor der Verletzung durch den Arzt - wobei hier nur die Angriffsart der Weitertragung von "Mund zu Mund" gemeint ist - wie vor Verletzungen durch solche Personen, die infolge naher Beziehung oder einer engen Gemeinschaft ebenfalls besonders oft und besonders tiefen Einblick in den Geheimbereich eines anderen haben, wie Eltern, Ehegatten, auch enge Freunde und Angestellte ¹⁾.

Es bleibt der Zwang zur Mitteilung intimster Dinge, dem der Kranke, der Heilung wünscht, ausgesetzt ist. Hier stehen sich zwei Interessen des einzelnen gegenüber: einmal das Interesse an der Geheimhaltung, zum anderen das Interesse an Hilfe. Aber diese Interessenkollision ist nicht auf den Fall beschränkt, daß ein Kranker einen Arzt zur Behandlung von Krankheiten in Anspruch nehmen muß. Sie ergibt sich vielmehr stets dann, wenn jemand in irgendeiner - sonst geheimgehaltenen - Angelegenheit Hilfe braucht. Schon wenn der Rat eines Freundes benötigt wird, um mit einer bestimmten, zum Intimbereich gehörenden Situation fertig zu werden, muß sich der Ratsuchende offenbaren. Soweit daher zur Hilfeleistung die Kenntnis bestimmter - geheimgehaltener - Einzelheiten erforderlich ist, muß der Hilfesuchende entweder auf den eigenen Schutz seines Intimbereichs, der im strikten Schweigen liegt, oder auf die Unterstützung durch Dritte verzichten.

Grundsätzlich ist es der Entscheidung jedes einzelnen überlassen, welches Interesse er vorzieht; er allein muß wissen, ob die Geheimhaltung oder die Hilfe wichtiger ist. Allein die Zwangssituation, geheime Tatsachen Dritten offenbaren zu müssen, um Hilfe zu erhalten, kann keine mit einer Strafandrohung versehene Schweigepflicht der Dritten nach sich ziehen.

Anders ist es nur in den Fällen, in denen die Inanspruchnahme der Hilfe von bestimmten Personen im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist, was für die Konsultierung von Ärzten in

1) Sauter, S. 46

besonderem Maße gilt; denn die Gesundheit des einzelnen, die durch den Arzt bewahrt und wiederhergestellt wird, liegt im Allgemeininteresse, weil die wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung jedes Staates von ihr beeinflußt wird ¹⁾. In diesen Fällen sucht der Staat nach Wegen, die Entscheidung des einzelnen zwischen Geheimhaltung und der Inanspruchnahme von Hilfe zu beeinflussen. Dadurch, daß er den Ärzten eine gesetzliche Schweigepflicht auferlegt, erleichtert er dem einzelnen die Entscheidung, einen Arzt bei Krankheitsfällen um Hilfe zu bitten und sich ihm, soweit es notwendig ist, anzuvertrauen. Während der Hilfesuchende sonst nicht damit rechnen kann, daß seine Geheimnisse gewahrt bleiben, wenn er sich zu der Inanspruchnahme fremder Hilfe und der dabei erforderlichen Offenbarung entschlossen hat, wird ihm in den Fällen, in denen ein allgemeines Interesse an der Inanspruchnahme von Hilfe besteht, der Schutz seines Intimbereichs durch das gesetzliche Schweigegebot garantiert. Damit wird die Voraussetzung für die ungestörte und vertrauensvolle Konsultierung der Ärzte geschaffen und dem einzelnen ermöglicht, ohne Gefahren für seinen Intimbereich die Hilfe zu erbitten.

Diese Erwägungen zeigen, daß das Schweigegebot des § 300 StGB seine Existenz dem Interesse der Allgemeinheit an einer ordnungsgemäßen und wirksamen Gesundheitspflege verdankt. Wenn die den Ärzten auferlegte Schweigepflicht auf den Schutz dieses überindividuellen Interesses zurückzuführen ist, darf es bei der Rechtsgutsbestimmung der Vorschrift nicht außer acht gelassen werden.

Der Weg, auf dem dieses soziale Interesse gefördert wird, führt allerdings zu einem Schutz der Geheimosphäre des einzelnen vor einer Verletzung durch den Arzt; denn dieser Schutz ergibt sich zwangsläufig, wenn dem Arzt ein Schweigegebot auferlegt wird, und er ist auch gewollt, weil nur dadurch der Hilfesuchende veranlaßt wird, den eigenen Schutz seines Intimbereichs, der im Schweigen liegt, aufzugeben.

¹⁾ Sauter, S. 46

Daraus folgt, daß der Schutz des sozialen Interesses nicht erreicht werden kann, ohne daß zugleich das individuelle Interesse mit geschützt wird; die Natur der Sache bedingt hier eine unlösbare Verknüpfung beider Interessen.

Daher kann weder mit der individuellen Theorie nur ein individuelles Rechtsgut als geschützt angesehen werden noch mit der sozialen nur ein Interesse der Allgemeinheit. Beide nebeneinander werden durch das Schweigegebot des § 300 StGB geschützt und sind bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen ¹⁾.

Aber dennoch darf nicht vergessen werden, daß das individuelle Rechtsgut nicht um seiner selbst willen geschützt wird, sondern nur, um den Schutz eines überindividuellen Interesses zu ermöglichen. Stets ist daher die soziale Seite der Vorschrift in besonderem Maße zu beachten ²⁾.

Der Schutz eines dritten Interesses wird durch die ärztliche Schweigepflicht nicht bezweckt, was jedoch verschiedentlich angenommen wird ³⁾. Zwar mag es sich auf den Beruf eines Arztes - als Erwerbsquelle - durchaus positiv auswirken, daß die Ärzte Vertrauen genießen und ungestört in Anspruch genommen werden können, aber diese Auswirkung ist lediglich ein Reflex; es ist nicht Zweck der Schweigepflicht, den ärztlichen Beruf nur des Berufs wegen zu fördern.

1) Beide Interessen als geschütztes Rechtsgut sehen an: Bockelmann, S. 95; Flor, JR 1953, 368; Russek, S. 59; Lenckner, NJW 1965, 324; Frey, S. 46

2) Im Sinne eines Übergewichts des sozialen Interesses auch Bewer, Berl. Ärzteblatt 1960, 374; Göbbels, NMed. Welt 1950, 205; insbes. Eb. Schmidt, Brennende Fragen, S. 17; der individualistische Gesichtspunkt macht nur eine, und noch nicht einmal die wesentlichste Seite der Problematik aus; ders. NJW 1962, 1747: Die Schweigepflicht der Ärzte dient nicht nur dem Schutz der Persönlichkeitsinteressen des Kranken, sondern in erster Linie einem hochbedeutenden Sozialinteresse.

3) Frey, S. 46; insbesondere Müller-Dietz, S. 86 ff

Der Erkenntnis, daß die Schweigepflicht für den Beruf als solchen förderlich ist, ist es zuzuschreiben, daß sich Vertreter zahlreicher Berufszweige um eine Aufnahme in den Kreis der nach § 300 StGB Schweigepflichtigen bemühen, um damit eventuell auch in den Genuß eines Zeugnisverweigerungsrechts zu gelangen. Das bedeutet aber ein im Widerspruch zu dem Sinn der Schweigepflicht stehende Verlagerung des Schutzes auf den Schweigepflichtigen ¹⁾.

B. Im Prozeßrecht

Als nächstes ist zu klären, warum den Ärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt worden ist und die Beschlagnahme ihrer Aufzeichnungen verboten ist, welche Aufgabe also die §§ 53 und 97 StPO erfüllen.

Hierfür ist ein Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Zeugnisverweigerungsrechts und des Beschlagnahmeverbots aufschlußreich.

Obwohl es eine gesetzlich statuierte Schweigepflicht für Ärzte bereits zu Beginn des 18. Jahrhunderts gab und etwa seit dieser Zeit auch Aufzeichnungen über die einzelnen Patienten nach Art der modernen Krankenblätter geführt werden ²⁾, existiert kein Zeugnisverweigerungsrecht für Ärzte erst seit dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung vom 1. 2. 1877. Das Verbot des § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO, Aufzeichnungen zu beschlagnehmen, die ein Zeugnisverweigerungsberechtigter des § 53 Abs. 1 Nr. 1 - 5 über ihm anvertraute Mitteilungen gemacht hat, ist sogar erst durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 ³⁾ geschaffen worden. Wie erklärt es sich, daß der Interessenkonflikt zwischen ärztlicher Schweigepflicht und Offenbarung im Strafverfahren erst so spät Beachtung fand ?

¹⁾ Maurach, § 22, 1 c

²⁾ Diepgen, Geschichte der Medizin, 2. Bd. 1. Hälfte S. 69

³⁾ Drucksache Nr. 3713, Art. 4, Nr. 11, S. 49

Die Erklärung findet sich zunächst in der Entwicklung des Zeugnisverweigerungsrechts und der Einschränkungen der Beschlagnahme schlechthin.

Im Inquisitionsprozeß des gemeinen Rechts kannte man weder ein Zeugnisverweigerungsrecht noch ein Beschlagnahmeverbot, was der Natur des damaligen Strafprozesses auch völlig fremd gewesen wäre. Jedoch gab es bereits Einschränkungen der Aussagepflicht. Man teilte die Zeugen nämlich in Kategorien ein, die an der Glaubwürdigkeit orientiert waren. So gehörten die Verwandten, denen heute in § 52 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird, und diejenigen, die sich mit ihrer Antwort selbst verdächtigen würden (§ 55 StPO), zu der Zeugengruppe, deren Aussage den wenigsten Wert hatte und generell den Makel der Unglaubwürdigkeit trug. Auf die Aussage dieser "untauglichen", "untüchtigen" Zeugen wurde daher weitestgehend verzichtet ¹⁾.

Diese frühe Einschränkung der Aussagepflicht führte aber noch zu keiner besonderen Berücksichtigung der Berufsangehörigen, denen heute in § 53 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt ist. Denn trotz eines Schweigegebots - sei es gesetzlicher oder nur ethischer Art - bestand für diese Zeugen keine innere Veranlassung, bewußt die Unwahrheit zu sagen, wenn sie zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet waren. Für Verwandte mochte ein persönliches Interesse gegeben sein, den Angeklagten vor einer Bestrafung zu bewahren, und für diejenigen, die sich durch die Aussage selbst belasten mußten, bestand ein eigenes Schutzbedürfnis. Während bei beiden Gruppen damit ein egoistisches Motiv für eine falsche Aussage ersichtlich war, fehlte es dabei bei schweigepflichtigen Angehörigen bestimmter Berufe. Ebensowenig, wie der Makel der Unglaubwürdigkeit die Aussagepflicht der Ärzte beeinflusste, führte dieser Gesichtspunkt zu einer Einschränkung des Gebrauchs von objektiven Beweismitteln wie Urkunden und Augenscheinsobjekten. Der Gedanke der Unglaubwürdigkeit verlangte diesen Ausschluß nicht.

1) Eb. Schmidt, JZ 1958, 596 (599 f); Karitzky, S. 32 ff

Erst im 18. und 19. Jahrhundert, als unter dem Einfluß der Aufklärung und des Liberalismus das Persönlichkeitsrecht des einzelnen in den Vordergrund gerückt wurde, erhielt auch die Entwicklung des Zeugnisverweigerungsrechts und des Beschlagnahmeverbots neue Impulse. Der Grund für eine Ausnahme von der allgemeinen Zeugnispflicht, der bis dahin allein in der Unglaubwürdigkeit gesehen wurde, wurde nunmehr auch mit der Konfliktsituation, in der sich der Zeuge befindet, begründet. Der Staat sollte dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen, dessen innerer Situation Beachtung schenken.

Als der Gedanke der Unglaubwürdigkeit verblaßte und immer mehr die Rücksichtnahme auf ein Interesse, das der Wahrheitserforschung im Strafverfahren vorzugehen hatte, in den Vordergrund rückte, wurde die Forderung nach Zeugnisverweigerungsrechten laut ¹⁾.

Gleichzeitig wurde erkannt, daß der Zeuge sich nicht nur in einer Konfliktsituation befindet, wenn er in einem Strafverfahren, z. B. gegen einen Angehörigen, aussagen muß, sondern auch dann, wenn seine schriftlichen Äußerungen zur Verurteilung verwendet werden, und es wurde eine Einschränkung der allgemeinen Herausgabepflicht und der Beschlagnahmemöglichkeit gefordert ²⁾.

Diesen Forderungen des Schrifttums konnte sich der Gesetzgeber nicht verschließen. Mitte des 19. Jahrhunderts wurde in den Strafprozeßordnungen verschiedener Länder bestimmten Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt und ebenfalls ihre Herausgabepflicht und die Beschlagnahmemöglichkeit ihnen gegenüber eingeschränkt ³⁾.

Damit gab es bereits moderne Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote, die einem höheren Interesse vor der Aussagepflicht den Vorrang gaben.

Nedoch fehlte weiterhin eine Einschränkung der Aussagepflicht für Ärzte und entsprechend der Beschlagnahmemöglichkeit gegen sie.

¹⁾ Eb. Schmidt, JZ 1958, 569 (600); Karitzky, S. 48 ff.;

²⁾ Bauer, § 89, Anm. C; Mittermaier, Neues Archiv d. Criminalrechts 1822, 306 (322)

³⁾ Z.B. § 92 der preuß. StPO v. 25.6.1867; Art. 134 Abs. 2 der StPO für Württemberg von 1868

Nachdem die Einschränkung der Zeugnispflicht mit der Konfliktsituation der Zeugen begründet, also auf ein höheres Interesse Rücksicht genommen wurde, war zwar die Möglichkeit eröffnet, auch andere hohe Interessen, die der Staat zu schützen hatte und die mit der unbeschränkten Aussagepflicht kollidierten, zu berücksichtigen. Aber der Interessenkonflikt zwischen ärztlicher Schweigepflicht und Aussagepflicht im Strafprozeß wurde damals noch nicht erkannt, vielmehr wurde die Aussage der Ärzte vor Gericht für völlig problemlos gehalten ¹⁾.

Dabei war es nicht zu übersehen, daß hier ebenfalls eine Interessenkollision vorlag. Denn der Gesetzgeber hatte den Ärzten zum Schutz eines als schutzwürdig erkannten Interesses eine Schweigepflicht auferlegt, und im Strafprozeß entstand stets ein Widerstreit zwischen der Aussagepflicht und der Wahrung dieses Rechtsguts. Entweder wurde die Zeugnispflicht aufrechterhalten und die Verletzung des das Schweigegebot rechtfertigenden Interesses in Kauf genommen oder dieses Interesse mußte gewahrt und damit die allgemeine Aussagepflicht im Strafverfahren eingeschränkt werden.

Auch nachdem endlich die Interessenkollision zwischen der Aussagepflicht und der Schweigepflicht der Ärzte gesehen worden war, blieb es lange Zeit streitig, ob das durch die Schweigepflicht der Ärzte geschützte Rechtsgut oder das öffentliche Interesse an der vollständigen Aufklärung von Straftaten vorzugehen hatte.

Bei der Abwägung der kollidierenden Belange hat nämlich nicht immer die materiellrechtliche Schweigepflicht schon um ihrer selbst willen den Vorrang. ²⁾ Im Gegenteil kann die Zeugnispflicht dem Schweigegebot vorgehen, so daß der sonst Schweigepflichtige im Strafverfahren aussagen muß, ohne sich strafbar

1) Z.B. Roßhirt, Zeitschr.f.Dt.Strafverfahren 1846, 94 (142); Mittermaier, Lehre vom Beweis 1834, 311

2) Aus der falschen Annahme, daß jede materiellrechtliche Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht nach sich ziehen müsse, erklärt sich die Forderung Angehöriger der verschiedensten Berufe, ihnen ein Schweigepflicht aufzuerlegen. Diskussionen über diese Erweiterung des § 300 StGB in Niederschriften, Bd. 9, S. 155 ff

machen.

Die Schweigepflicht kann nur dann zu einem Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren führen, wenn das durch die materiellrechtliche Vorschrift geschützte Interesse höher zu werten ist als das Interesse des Staates an der Wahrheitsforschung zur Aufklärung von Straftaten ¹⁾.

Angemäß gibt es auch heute noch viele materiellrechtliche Schweigepflichten, denen kein Zeugnisverweigerungsrecht entspricht, wo der Gesetzgeber also - ob in jedem der Fälle mit Recht, sei dahingestellt - bei der Abwägung der durch das Schweigegebot geschützten Interessen mit dem Interesse an Verbrechensaufklärung letzterem den Vorrang gegeben hat. Es existieren z.B. gesetzliche Schweigegebote in vielen strafrechtlichen Nebengesetzen, wie in § 24 Weingesetz, §§ 55 Abs. 1, 79, Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz, § 40 Wasserschaltgesetz, § 31 Kindergeldkassengesetz. Für diese Schweigepflichten sieht die Strafprozeßordnung jedoch kein Zeugnisverweigerungsrecht vor ²⁾.

Während Geistlichen und Verteidigern schon in den Strafprozeßordnungen der einzelnen Länder im 19. Jahrhundert ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt worden war ³⁾, blieb der Interessenkonflikt zwischen Aussagepflicht und Schweigepflicht für Ärzte zunächst unberücksichtigt. Trotz des ihnen materiellrechtlich auferlegten Schweigegebots waren sie im Prozeß uneingeschränkt aussagepflichtig. Auch noch im Entwurf einer Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich von 1874 fehlte ein Zeugnisverweigerungsrecht für Ärzte.

Auf diese Interessenabwägung stellt auch Eb. Schmidt, Der med. Sachverst. 1961, 242 (244) ab; ebenso ders. NJW 1962, 1748; Andenaes, Gutachten S. 5: Abwägung, welche Berufe so wichtig sind, daß die Schweigepflicht der Zeugnispflicht vorgeht.

Vgl. dazu Schulz, GA 1962, 274; Lenckner, NJW 65, 321 f. Z.B. Art. 142 StPO für Württemberg v. 1868; Art. 129 StPO für Hessen v. 1865; § 313 der preuß. Kriminalordnung v. 1805

Der Antrag ¹⁾, das Zeugnisverweigerungsrecht auch Ärzten einzuräumen, wurde in der beratenden Kommission auf das heftigste bekämpft, und vor allem Vertreter der Regierung und des Bundesrats glaubten, gerade auf die Ärzte als Zeugen nicht verzichten zu können, ohne die Aufklärung von Straftaten zu sehr zu beeinträchtigen. Sie vertraten die Ansicht, daß das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung der ärztlichen Schweigepflicht vorgehe und demgemäß bisher auch allen deutschen Ländern und dem europäischen Ausland ein Zeugnisverweigerungsrecht für Ärzte fremd gewesen sei ²⁾. Demgegenüber argumentierte der Abgeordnete Zinn ³⁾, man schädige andere öffentliche Interessen, wenn man den Arzt im Strafprozeß zur Aussage zwingt; denn dadurch werde der Kranke von der für eine ordnungsgemäße und erfolgreiche Behandlung unbedingt erforderlichen, vollständigen Offenbarung abgehalten und zur Zurückhaltung genötigt. Der Arzt diene dem Leben und der Gesundheit aller; ihn zur Aufgabe seiner Schweigepflicht gegen den Willen des Kranken im Strafprozeß zu zwingen, widerspreche den elementarsten Begriffen der bürgerlichen Ordnung und der öffentlichen Moral. Das Zeugnisverweigerungsrecht für Ärzte fördere nicht die Interessen eines Standes, sondern öffentliche Interessen und diese gingen dem Aufklärungsbedürfnis der Strafverfolgungsbehörden vor.

Das Plenum ⁴⁾ schloß sich bei der Abstimmung der Ansicht von Zinn mit großer Mehrheit an.

Damit stand auch den Ärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren zu, und gleichzeitig galt für sie das Beschlagnahmeverbot des § 88 der RStPO, in dem die Beschlagnahme von Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und Zeugnisverweigerungsberechtigten untersagt wurde.

1) Er wurde gestellt und begründet von den Abgeordneten Hauck und Zinn; Hahn, Materialien s. 583

2) Hahn, Materialien, S. 585, 1597, 1614, 1734-36

3) Hahn, Materialien, S. 584, 1736 ff

4) Hahn, S. 1740

Jedoch ärztliche Krankenblätter unter "Mitteilungen" nicht subsumieren waren ¹⁾, konnten die Krankenpapiere weiter im Strafverfahren als Beweismittel verwendet werden. Diese damit gebundene Möglichkeit zur Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts führte zwar schon einige Jahre nach dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung zu heftigen Kontroversen ²⁾; aber Reformbestrebungen in der Literatur fanden erst ihren Niederschlag und Abschluß mit der Neufassung des § 97 Abs. 1 StPO durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953. In § 97 Abs. 1 Satz 2 StPO wird nun bestimmt, daß auch einseitige Aufzeichnungen der Zeugnisverweigerungsberechtigten des § 97 Abs. 1 Nr. 1 - 3 StPO der Beschlagnahme nicht mehr unterliegen.

Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Zeugnisverweigerungsrechts für Ärzte und des Beschlagnahmeverbots gibt bereits ein deutlichen Hinweis auf die Interessen, die durch die §§ 53 Abs. 1 Nr. 3 und 97 Abs. 1 StPO gewahrt werden sollen. Obwohl unter damaligen Lehre der Gedanke herrschend war, die Schweigepflicht der Ärzte schütze ein Persönlichkeitsrecht des jeweils Betroffenen, wurde bei der Interessenabwägung zwischen den Belangen der Strafrechtspflege und dem ärztlichen Schweigerecht dieser Aspekt überhaupt nicht berührt. Besonders die Argumentation Zinns ³⁾, der auf die öffentliche Aufgabe der

KG GA Bd. 61, 364; Löwe, 4. Aufl. 1884, § 97, 2; Holtzendorff, Handb., 1. Bd. 1879, 305 (316) Ullmann, Lehrb., § 80 II 1, 2; Thiersch, DJZ 1904, 354; Ebermayer, DJZ 1910, 1220; Gerland, Der Dt. Strafprozeß 1927, § 76, 2 B; Merkel, Strafprozeß u. Strafvollzugsrecht, 1936, S. 36

Kries, Lehrb. d. Dt. Strafprozesses, 1892, S. 287; Beling, Strafrechtl. Abh. H 46, 1903, S. 21; Thiersch, DJZ 1904, 354; Sauter, 1910, S. 306; Ebermayer, Arzt und Patient, 1924, S. 57; später dann insbes. Ab. Schmidt, Die med. Welt 1951, 135; ders. Brennende Fragen, 1951, 31 ff; ders. Lehrk. Teil II, § 94 N 2; v. Hippel, Lb. 1941, 451; ders. ZStW 47, 523
an Hahn, Materialien, S. 584, 1736 ff

Ärzte, nämlich Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit aller hinwies, zeigt, daß eine Interessenabwägung zwischen zwei öffentlichen Interessen vorgenommen wurde. Die Abwägung fiel nicht zugunsten eines Persönlichkeitsrechts, sondern zugunsten eines allgemeinen Interesses - an der Gesunderhaltung des ganzen Volkes - aus; und allein dieses öffentliche Interesse konnte der so überaus wichtigen Aufklärung von Straftaten vorgehen, der Wunsch des einzelnen, vor Verbreitung seiner Geheimnisse geschützt zu werden, konnte es nicht ¹⁾.

Während man zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine Rücksichtnahme auf die Geheimsphäre im Rahmen eines Strafprozesses nicht konnte ²⁾, wird heute allerdings überwiegend die Meinung vertreten, daß auch im Strafverfahren die Rücksichtnahme auf das Persönlichkeitsrecht des einzelnen erforderlich ist. In den Intimbereich darf nicht eingedrungen werden, ohne daß es die Belange der Strafrechtspflege dringend erfordern. Stets ist eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der strafprozessualen Maßnahme zu dem Eingriff in den durch das Grundgesetz geschützten Bereich erforderlich ³⁾.

Aber die Rücksichtnahme auf die Intimsphäre des einzelnen kann nur aus einer Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Belange zu einem Beweisverbot führen ⁴⁾. Die Abwägung zwischen dem Interesse des einzelnen an der Wahrung seiner Persönlichkeit und den Interessen an der Aufklärung einer Straftat fällt nicht generell - unabhängig von der Schwere der Straftat - zugunsten des ersteren aus. Der Schutz des Intimbereichs kann daher nicht der Hintergrund eines Zeugnisverweigerungsrechts sein, das in jedem Verfahren ohne Rücksicht auf die Interessenabwägung im konkreten Fall gilt.

1) Darauf weist auch insbes. Eb. Schmidt, NJW 1962, 1745, hin.

2) Vgl. Sauter, 1910, S. 249

3) BVerfG NJW 1963, 147 u. 1597; 1966, 1607

4) Heinitz, JR 1958, 443 (444); Rupp, Gutachten S. 199; Spendel, NJW 1966, 1102 (1106); Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1539); Beling, Strafr. Abh. S. 37

Gegenteil muß die Geheimsphäre bei der Aufklärung von Straftaten meist notwendig berührt werden. Um dem Verhalten des Täters gerecht zu werden, ist oft das Eindringen in seine geheimsten Gedanken und Regungen erforderlich, und die Beurteilung der psychischen Situation, z. B. des Sittlichkeitsverbrechers, verlangt die Offenlegung und Durchleuchtung auch der intimsten Sphäre. Besonders durch Sachverständigen- und Gutachten über die Zurechnungsfähigkeit des Täters, die heute beinahe in jedem bedeutenden Strafprozeß erstattet werden, wird der Intimbereich verletzt und der Öffentlichkeit preisgegeben.

Ungerichtig gibt es im Strafprozeß auch kein Zeugnisverweigerungsrecht, das jedem Zeugen die Nichtbeantwortung von Fragen ermöglicht, die die Geheimsphäre oder ein anderes Persönlichkeitsrecht des Angeklagten oder Dritter berührt.

Der beste Freund, dem der Angeklagte Geheimnisse im Vertrauen anvertraut hat, dessen stets geübte Verschwiegenheit mitgeteilt hat, ist zur Aussage verpflichtet. Die nächsten Verwandten sind nicht anders als mit Rücksicht auf die Geheimsphäre des Angeklagten zeugnisverweigerungsberechtigt und dürfen nicht nur über Geheimnisse schweigen. Es liegt nahe, daraus die Schlußfolgerung zu ziehen, daß dann auch der Arzt nicht mit Rücksicht auf ein Persönlichkeitsrecht eines einzelnen ein Zeugnisverweigerungsrecht erhalten hat.

Durch das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 1 - 3 StPO werden nicht bestimmte Tatsachen aus der Geheimsphäre des einzelnen dem Strafverfahren entzogen. Soweit im konkreten Fall der Eingriff in den Intimbereich erforderlich ist, kann aber die Geheimnisse durchaus Beweis erhoben werden. Durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 wird lediglich der Arzt als Beweismittel ausgeschlossen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 1 - 3 StPO ist daher ein Beweismittel-, nicht ein Beweistatsachenverbot im Inhalt ¹⁾. Jeder, der im Wartezimmer des Arztes oder Anwalts

zufällig "Geheimen" hört, muß also aussagen.

Wenn nur der Arzt über die den Intimbereich betreffenden Tatsachen nicht zeugnispflichtig ist, so folgt daraus deutlich, daß der Grund dafür nicht in der Person oder Sphäre des Angeklagten - also in dem Schutz seines Intimbereichs - zu suchen ist, sondern in der Sphäre des Zeugen; die Tatsache, daß das Vertrauen in die Ärzteschaft durch die Aussagepflicht geschmälert würde, gehört in diesem Sinn zur Sphäre des Arztes ¹⁾.

Für die Verteidiger war schon vor 1874 anerkannt, daß sie ihre Funktion, nämlich Wahrung der Rechte des Angeklagten im Strafverfahren zu sein, nicht ausüben könnten, wenn sie als Zeugen aussagepflichtig seien. Hinter dem Zeugnisverweigerungsrecht der Verteidiger stand daher das Motiv, der Institution der Verteidigung nicht jeden Sinn zu nehmen und sie illusorisch zu machen ²⁾.

Auch das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte ist nur unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt: Es schadet dem Vertrauen in die Ärzteschaft, es hindert das unbedingt erforderliche unbegrenzte Anvertrauen auch geheimster Dinge, und es stört damit die allgemeine Gesundheitspflege und Gesunderhaltung, wenn der Arzt im Strafprozeß zum Reden gezwungen werden kann; und die Gesundheit aller, um die es letzten Endes geht, ist wichtiger als die Zeugenaussage von Ärzten zur Wahrheitserforschung bei der Aufklärung auch schwerster Straftaten ³⁾.

Das Zeugnisverweigerungsrecht dient daher nicht Interessen des einzelnen; es schützt weder seine Geheimsphäre noch soll es ihn vor sonstigen Schäden, etwa der Überführung eines begangenen Verbrechens, bewahren.

Sinn des Zeugnisverweigerungsrechts ist es vielmehr, eine Voraussetzung für das allgemeine Vertrauen zu den Ärzten dadurch zu schaffen, daß diese die ihnen bei ihrer Berufsausübung bekanntgewordenen Geheimnisse auch im Strafverfahren nicht zu

1) Ähnlich auch Klug, Referat, S. F 30

2) Abgeordneter Reichensperger, Hahn, Materialien, S. 585; Karitzky, S. 63

3) Eb. Schmidt, NJW 1962, 1745 (1747); ders. Lehrk. § 53, 3; KMR (Sax), § 53, 1 a; Glaser, Hndb. S. 529

benbaren brauchen.

Beschlagnahmeverbot als Ergänzung zum Zeugnisverweigerungsrecht bezweckt dasselbe: es verhindert, daß das schriftlich niedergelegte Wissen des Arztes zur Verbrechensaufklärung verwendet werden kann, und es garantiert dem Kranken die bedingte Geheimhaltung aller anvertrauten oder sonst bekanntgewordenen Tatsachen seitens des Arztes. Es fördert daher zusammen mit dem Zeugnisverweigerungsrecht das allgemeine Vertrauen zu den Ärzten.

die materiellrechtliche Schweigepflicht der Ärzte, bewirkt auch Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot notwendig, daß Interessen des Angeklagten berührt werden, wenn der Arzt und seine Aufzeichnungen als Beweismittel gegen ihn ausgeschaltet sind. Aber nicht um dieses Schutzes willen existieren Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot, sondern nur im Interesse der "Gesundheitspflege des Volksganges" ¹⁾.

Inhalt des ärztlichen Berufsgeheimnisses

Im materiellen Recht

Nachdem der Hintergrund der Schweigepflicht und der prozessualen Bestimmungen aufgezeigt worden ist, muß als nächstes der Inhalt des ärztlichen Berufsgeheimnisses geklärt werden. Nach § 300 Abs. 1 Satz 1 StGB sind Ärzte, Zahnärzte, Apotheker und Angehörige eines anderen Heilberufs, der eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, verpflichtet, über alle fremden Geheimnisse zu schweigen, die ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sind.

Unter den Angehörigen eines Heilberufs interessiert hier nur der Arzt. Der Begriff des Arztes wird nicht nach materiellen Gesichtspunkten bestimmt, es entscheidet nicht die Vorbil-

dung oder die ausgeübte Tätigkeit, sondern nur die staatliche Zulassung zu dem Beruf eines Arztes, wie sie in der Bundesärzteordnung geregelt ist.

Arzt ist daher, wer nach § 3 der Bundesärzteordnung vom 2.10. 1961 bestellt ist. Dazu gehören sowohl praktische Ärzte als auch Fachärzte. Gleichgestellt sind diejenigen, die nach § 10 der Bundesärzteordnung zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs ermächtigt sind ¹⁾.

Die Schweigepflicht der Ärzte bezieht sich auf "fremde Geheimnisse". Die Fassung des § 300 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871, in der es "Privatgeheimnisse" hieß, hatte sich als zu eng erwiesen, da z.B. Staatsgeheimnisse, von denen ein Arzt bei der Behandlung eines Staatsbeamten Kenntnis erhalten hatte, nicht unter diesen Begriff zu subsumieren waren ²⁾. Der Kritik ³⁾ an der engen Fassung wurde bereits bei der Schaffung des § 13 der Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1935, der an die Stelle des § 300 StGB a.F. trat, durch Verwendung des Begriffs "fremde Geheimnisse" Rechnung getragen. Diese Formulierung wurde bei der Neufassung des § 300 StGB durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953, das gleichzeitig § 13 der Reichsärzteordnung außer Kraft setzte, übernommen.

a) Offenkundigkeit

Der Begriff "Geheimnis" enthält zunächst ein objektives Merkmal, nämlich das tatsächliche "Geheimsein". Eine Tatsache kann lediglich dann ein Geheimnis bilden, wenn sie nur einer einzigen Person oder einem beschränkten Personenkreis bekannt ist. Auf die Größe des Personenkreises kommt es dabei nicht an, solange die Mitwisser nur ein gemeinsames oder gleichlaufendes Interesse an der Geheimhaltung haben oder zum Schweigen ver-

1) Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3c; Maurach, § 22 II Ba

2) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 23

3) Z.B. Frank, § 300 I 3; Gerland, Reichsstrafrecht, S. 542

pflichtet sind ¹⁾. So kann z.B. ein Vorfall, der sich bei einer Versammlung eines Vereins in Anwesenheit von Hunderten von Mitgliedern abspielte, ein Geheimnis bilden, wenn die Vereinsmitglieder aus Rücksicht auf den Verein den Vorfall vertuschen wollen ²⁾.

Sobald jedoch nach der Erfahrung nicht mehr damit gerechnet werden kann, daß die Tatsache nur einem Kreis gleichmäßig am Geheimbleiben Interessierter bekannt ist, kann nicht mehr von einem Geheimnis gesprochen werden. Offenkundigkeit - im Gegensatz zu geheim - liegt nicht erst dann vor, wenn jeder-mann die Tatsache kennt oder das tatsächliche Bekanntsein bei einem unbegrenzten Personenkreis nachgewiesen ist, sondern bereits dann, wenn der Kreis derjenigen, die die Tatsache erfahren haben, sich nicht mehr übersehen oder feststellen läßt, also jede individuelle Bindung zwischen den "Wissenden" fehlt ³⁾.

Ist die Tatsache nur einigen wenigen außerhalb des Kreises der "Wissenden" bekannt geworden, braucht sie noch nicht offenkundig zu sein. Sie bleibt geheim, solange diejenigen, die sie erfahren haben, sie für sich behalten ⁴⁾. Geben diese Personen das Geheimnis aber ebenfalls weiter, wird erfahrungsgemäß nicht mehr damit gerechnet werden können, daß der Kreis der "Wissenden" noch geschlossen ist ⁵⁾.

Gerade hieran zeigt sich, daß die Grenze, von der an eine Tatsache als offenkundig anzusehen ist, sich schwer ziehen läßt und fließend ist. Es kommt stets auf den Einzelfall an, ob noch ein Geheimnis vorliegt oder die Geheimniseigenschaft

-
- 1) Schönke-Schröder, § 300, II, 1; Maurach, § 22 I B; Welzel, S. 298; Eb. Schmidt, Arzt i. Strafrecht, S. 26; ders., Gutachten zum 36. DJT, S. 122; Jellinek, Monatschr. f. Kriminalpsych. 1907, 656 (662); Sauter, S. 115
 - 2) Beispiel bei Sauter, S. 116
 - 3) RGSt 74, 11; Schönke-Schröder, § 300 II 1; Maurach, a.a.O.; Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 27; Bockelmann, S. 88, Seiler, S. 19
 - 4) Maurach, § 22, I B; Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 26; Sauter, S. 115; Seiler, S. 19
 - 5) Eb. Schmidt, a.a.O.

durch Offenkundigkeit der Tatsache zerstört ist ¹⁾.

Sobald Zweifel bestehen, ob der Kreis der "Wissenden" noch geschlossen war, wird eine Verurteilung des Arztes, der die Tatsache Dritten mitgeteilt hat, wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" nicht mehr in Betracht kommen ²⁾.

Offenkundigkeit einer Tatsache liegt aber noch nicht vor, wenn diese lediglich gerüchtweise bekannt ist ³⁾. Der Arzt, der dieses Gerücht bestätigt, begeht einen Geheimnisbruch.

Fraglich ist, ob es zur Begründung der Offenkundigkeit einer Tatsache ausreicht, daß für einen unbegrenzten Personenkreis die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme bestand, oder ob die Tatsache solange geheim ist, wie diese Möglichkeit nicht genutzt worden ist. Dieses Problem taucht bei jeder formell öffentlichen Verhandlung auf, wenn unbeteiligte Zuhörer fehlen.

Vereinzelte wird angenommen, daß in diesem Fall jeder Vorgang oder jede erörterte Tatsache aufhört, ein Geheimnis zu sein ⁴⁾. Da aber Voraussetzung der Offenkundigkeit im oben genannten Sinn ist, daß ein unkontrollierbarer Personenkreis tatsächlich Kenntnis genommen hat, kann die ungenutzte Möglichkeit der Kenntnisaufnahme für eine unbegrenzte Vielzahl von Personen nicht bewirken, daß eine Tatsache ihren Geheimnischarakter verliert ⁵⁾.

b) Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse

Neben diesem objektiven Merkmal enthält der Begriff "Geheimnis" ein subjektives Element, den Geheimhaltungswillen. Erst beide Merkmale nebeneinander geben einer Tatsache den Charakter

1) Eb. Schmidt, a.a.O.; Sauter, a.a.O.; Seiler, S. 20

2) Hierauf weist insbes. Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 18, hin.

3) Schönke-Schröder, § 300, II 1; Sauter, S. 113; Seiler, S. 20

4) KG OLG Rspr. 5, 69

5) Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 26; Sauter, S. 110; Seiler, S. 20

eines Geheimnisses. Ebensowenig, wie der Geheimhaltungswille allein aus einer bereits offenkundigen Tatsache ein Geheimnis zu machen vermag, begründet die fehlende Offenkundigkeit allein ein Geheimnis im Sinne des § 300 StGB ¹⁾.

Ob diese beiden Merkmale, nämlich Geheimhaltungswille und tatsächliches Geheimsein aber bereits ausreichen, um ein Geheimnis im Sinne des § 300 StGB annehmen zu können, oder ob außerdem ein aus der Sicht des Betroffenen objektiv begründetes Geheimhaltungsinteresse hinzukommen muß, ist außerordentlich umstritten.

Die Vertreter der sogenannten Willenstheorie halten ein Geheimnis schon bei Vorliegen der beiden genannten Elemente für gegeben und lehnen ein weiteres objektives Merkmal ab ²⁾. Weder aus dem Sprachgebrauch noch aus dem Gesetz lasse sich das Erfordernis eines Geheimhaltungsinteresses ersehen. Zwar könne der Gesetzgeber den Inhalt der geschützten Geheimnisse bestimmen, wie er es z.B. bei Staats- und Betriebsgeheimnissen getan habe; für Berufsgeheimnisse des § 300 StGB fehle aber gerade eine solche Bestimmung ³⁾.

Wolle man auf ein objektiv gerechtfertigtes Interesse abstellen, müsse ein solches im Einzelfall vorliegen. Der Arzt werde zu einer Prüfung gezwungen, mit der er überfordert sei. Eine Rechtsunsicherheit bei den Patienten und den Ärzten wäre die Folge. Ein Interesse aus der Sicht des Betroffenen sei in Wahrheit identisch mit dem Geheimhaltungswillen ⁴⁾.

1) Welzel, S. 298; Eb. Schmidt, Gutachten zum 36. DJT, S. 125; Bockelmann, S. 88; Rauschenbach, S. 48; Löhr, S. 14; Liertz-Paffrath, S. 98; Sauter, S. 117

2) Binding, Lehrb. bes. Teil S. 127; Giesker, S. 11; Weigand, S. 80; Deschl, S. 34; Liertz-Paffrath, S. 98; Löhr, S. 12

3) Giesker, a.a.O.

4) Weigand, S. 80 ff

Der Willenstheorie wird entgegengehalten, sie könne die Bezugnahme nur auf den Geheimhaltungswillen gar nicht konsequent durchführen; in vielen Fällen, in denen ein Geheimhaltungswille nicht erklärt oder nicht erkennbar sei, z.B. bei einem Kleinkind, einem Geschäftsunfähigen, einem Bewußtlosen, stelle sie auf den mutmaßlichen Willen ab, den sie aus objektiven Gesichtspunkten gewönne ¹⁾.

Ein objektives Moment für die Begriffsbestimmung des Geheimnisses sei deshalb erforderlich, weil schutzwürdig nur objektiv geheimhaltungswürdige Tatsachen seien ²⁾. Nirgends schütze das Recht als soziale Friedensordnung individuelle Laune oder Willkür. Der Wille für sich allein gesehen, sei kein schutzwürdiger Kulturwert, es müsse etwas hinzukommen, was ihn wertvoll erscheinen lasse. Dieses Etwas sei der objektive Wert, den die ureigene Persönlichkeitssphäre des Individuums für unsere Kultur habe. Daraus folge, daß nur solche Tatsachen vom Geheimhaltungswillen zum Geheimnis im Sinne des § 300 StGB gemacht werden könnten, die der Persönlichkeitssphäre als wesentlich angehörten und deren Bekanntwerden die freie Betätigung der Persönlichkeit stören würde ³⁾. Dazu gehörten z.B. die Jugendsünden, die Heiratspläne, berufliche Absichten, Erbfehler, Krankheiten, geschäftliche Beziehungen. Dagegen habe es nichts mit dem kulturellen Persönlichkeitswert zu tun, ob jemand morgens Tee oder Kaffee trinke, Brot oder Semmeln esse ⁴⁾. Diese Dinge seien daher trotz eines Geheimhaltungswillens und Fehlens der Offenkundigkeit keine Geheimnisse im Sinne des § 300 StGB.

Diese Interessentheorie ist heute allgemein anerkannt, und daher kann ihr folgend als ein Geheimnis jede Tatsache angesehen werden, die nur einem beschränkten Kreis Beteiligter

1) Seiler, S. 24

2) Maurach, § 22, I; Bohne-Sax, S. 944 hält die Schutzwürdigkeit nur für die Rechtswidrigkeit, aber nicht für den Begriff Geheimnis für erforderlich.

3) Eb. Schmidt, Gutachten zum 36. DJT, S. 125 ff; ders., Arzt i. Strafr., S. 23 ff; ähnlich Lenckner, NJW 1964, 1187; Rauschenbach, S. 48; Bockelmann, S. 88

4) Beispiele bei Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 24

bekannt ist und die nach einem von vernünftigen Interessen bestimmten Willen geheimbleiben soll ¹⁾.

Allein durch das aus der Sicht des Betroffenen objektiv gerechtfertigte Interesse wird der mögliche Inhalt eines Geheimnisses begrenzt. Es kann sich demzufolge um Vorfälle aus der Privatsphäre handeln, aber ebenso um Staats- oder Betriebsgeheimnisse, sofern nur eine Privatperson an der Aufrechterhaltung dieser Geheimnisse - sachlich begründet - interessiert ist ²⁾.

Da auf ein Interesse vom Standpunkt des Betroffenen abgestellt wird, fallen auch Tatsachen, die sich auf rechts- oder sittenwidrige Handlungen oder Vorkommnisse beziehen, unter den Geheimnisbegriff ³⁾.

Aber nicht nur ehrenrührige Tatsachen, sondern auch völlig wertneutrale werden von dem Schutz des § 300 StGB betroffen, sofern an ihrer Geheimhaltung nur das geforderte objektiv berechtigte Interesse besteht. So kann es z.B. ein Geheimnis sein, daß eine Person überhaupt in ärztlicher Behandlung ist ⁴⁾.

Voraussetzung ist allerdings, daß es sich überhaupt um eine "Tatsache" handelt, wozu auch die inneren Tatsachen, also Absichten, Entschlüsse, Meinungen, gehören. Unwahre, erdichtete oder erlogene Vorfälle können nicht Gegenstand eines

1) Schönke-Schröder, § 300, II 1; Kohlrausch-Lange, § 300 V; LK (Jagusch), § 300, 2; Maurach, § 22 IB; Schwarz-Dreher, § 300, 2a; Welzel, S. 298; Sauer, § 30 II 2; Bockelmann, S. 88; Henkel, Gutachten zum 42. DJT, S. 129; Lenckner, NJW 1964, 1186; Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 28; ders. Gutachten zum 36. DJT, S. 129

2) Schönke-Schröder, § 300 II 1; Maurach, § 22 I B; Welzel, S. 298, Schwarz-Dreher, § 300 2 A a

3) Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 28 ff

4) Schönke-Schröder, § 300 II 1

ärztlichen Berufsgeheimnisses sein ¹⁾. Ihre Verbreitung kann lediglich eine Beleidigung oder üble Nachrede darstellen. Es ist jedoch zu beachten, daß in der unwahren Behauptung sehr wohl die Offenbarung einer geheimen Tatsache liegen kann. Macht z.B. ein Arzt über das Leiden eines Patienten Dritten gegenüber bewußt unwahre Angaben, so gibt er damit gleichzeitig bekannt, daß der Patient bei ihm in Behandlung ist, und damit hat er bereits seine Schweigepflicht verletzt ²⁾.

c) In der Eigenschaft als Arzt bekannt geworden

Alle Tatsachen, die nach der bisherigen Darstellung ein fremdes Geheimnis bilden können, fallen jedoch noch nicht unter den Begriff "ärztliches Berufsgeheimnis". Voraussetzung eines solchen Geheimnisses ist vielmehr, daß der Arzt es in seiner beruflichen Eigenschaft erfahren hat; es muß ihm entweder anvertraut worden oder sonst bekannt geworden sein.

Die frühere Fassung des § 300 StGB, die lediglich von "anvertrauten" Geheimnissen sprach, stellte nach dem Wortsinn auf eine aktive Mitwirkung irgend einer Person ab. Schwierigkeiten traten auf, sobald der Arzt das Geheimnis durch eigene sinnliche Wahrnehmung erkannte. Da Einigkeit darüber bestand, daß auch solche geheimen Tatsachen, die dem Arzt ohne Mitwirkung des Patienten oder Dritter bekanntgeworden waren, von der Schweigepflicht erfaßt wurden, wurde bei der Neufassung des § 300 StGB durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 die Fassung, anvertraut worden oder bekannt geworden, gewählt.

Dem Arzt ist ein Geheimnis in seiner Eigenschaft als Arzt dann anvertraut worden oder bekannt geworden, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen seiner Berufstätigkeit und der Geheimniserlangung besteht ³⁾.

1) Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 27 f; Seiler, S. 18

2) Eb. Schmidt, a.a.O.; Sauter, S. 192

3) Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 31

Voraussetzung der Schweigepflicht ist kein zivilrechtlich wirksamer Vertrag zwischen dem Arzt und dem Patienten; ausreichend ist die Inanspruchnahme seiner Tätigkeit, jedes Tätigwerden als Arzt, durch die ein Vertrauensverhältnis, eine besondere Beziehung und damit der innere Zusammenhang zwischen der Kenntniserlangung und Berufsausübung entstehen¹⁾. Wenn diese Voraussetzung im Einzelfall erfüllt ist, kann zweifelhaft sein. Sicherlich ist sie gegeben, wenn ein Arzt von einem Patienten ständig oder auch nur einmal konsultiert wird, daneben in den Fällen, in denen ein Arzt zu einem Beistandlosen gerufen wird oder selbst einem Verunglückten gemäß § 330 c StGB ohne Aufforderung Hilfe leistet²⁾. Das erforderliche Vertrauensverhältnis besteht auch dann, wenn der Arzt von Bekannten - unentgeltlich - nach einem neuen Mittel gegen eine streng geheimegehaltene tuberkulöse Erkrankung in der Familie gefragt wird³⁾ oder wenn ihm am Biertisch Krankheitssymptome mitgeteilt werden, um Aufschluß über die Natur des Krankheitszustandes zu erhalten⁴⁾.

Beispielsweise sind aber die weiteren Beispiele Göppingers⁵⁾, in denen ebenfalls ein ärztliches Berufsgeheimnis entstanden sein soll. Wenn eine Mutter auf einem Faschingsball zu einem ihr als Arzt vorgestellten Herrn Bemerkungen über ihren geisteskranken Sohn macht oder ein Arzt auf Grund seines Fachwissens Krankheiten bei Dritten erkennt, fehlt ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten und damit der innere Zusammenhang zwischen der ärztlichen Berufsausübung und der Kenntniserlangung. Es reicht zur Begründung eines ärztlichen Berufsgeheimnisses eben nicht aus, daß der Arzt, ohne in seiner beruflichen Eigenschaft tätig zu werden, Geheimnisse erfährt. Der erforderliche innere Zusammenhang besteht nur, wenn er die Kenntnis durch sein Tätigwerden als

Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 32; Sauter, S. 180; Göppinger, NJW 1958, 241 (252)

Eb. Schmidt, Arzt i. Strafr., S. 34

Beispiel bei Göppinger, a.a.O.

Beispiel bei Sauter, S. 181; a.A. Schwarz-Dreher, § 300 Ec NJW 1958, 241 (242)

Arzt erhalten hat.

Da als ärztliches Berufsgeheimnis nur das angesehen wird, was der Arzt in Ausübung seines Berufs erfährt, wird teilweise die Ansicht vertreten, es falle nicht unter den Begriff, was ihm nur bei "Gelegenheit" der Berufsausübung zur Kenntnis gelangt ¹⁾. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Denn die Schweigepflicht muß sich auf alle Geheimnisse erstrecken, die der Arzt infolge seiner Hinzuziehung als Arzt erfährt, und zwar auch dann, wenn das rein zufällig und nur bei Gelegenheit seiner Berufsausübung geschieht. Was dem Arzt z. B. durch zufälliges Mitanhören eines Telefongesprächs seines Patienten bekannt wurde oder was er gelegentlich seines Hausbesuchs sah, fällt unter das Schweigegebot, da er die Kenntnis ohne seine berufliche Tätigkeit nicht erhalten hätte. Sofern ein Arzt-Patient-Verhältnis mit im Spiel war, erstreckt sich die Schweigepflicht auf alle dem Arzt bekanntgewordenen Geheimnisse, unabhängig davon, ob sie die Krankheit, den sonstigen Persönlichkeitsbereich, die Familiensituation oder die wirtschaftliche Lage des Patienten betreffen ²⁾.

Anvertrauen bedeutet die Mitteilung einer Tatsache durch einen Vertrauensakt ³⁾, wobei es auf die Person des Mitteilenden nicht ankommt; es kann der Patient, aber auch ein Dritter sein.

Bekannt geworden sind dem Arzt Geheimnisse, die er ohne Mitwirkung des Patienten oder eines Dritten entweder sinnlich wahrgenommen oder aus geschilderten oder festgestellten Symptomen erkannt hat ⁴⁾.

2. Im Prozeßrecht

In § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist den Ärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht über alles eingeräumt worden, was ihnen in ihrer

1) KMR (Sax), § 53, 1b; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas) § 53, 3 c aa Rauschenbach, S. 56

2) Eb. Schmidt, Lehrk. Nachtragsband, § 53, 1

3) Schönke-Schröder, § 300 II 1

4) Sauter, S. 187

lichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist. Ergänzend ist in § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO die Befragung solcher Aufzeichnungen ausgeschlossen, die ein § 53 Abs. 1 Nr. 1 - 3 StPO Zeugnisverweigerungsrecht über Mitteilungen des Beschuldigten oder über sonstige Umstände gemacht hat, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.

Beiden Vorschriften findet sich eine Parallele zum materiellrechtlichen Schweigegebot, nämlich die, daß den Ärzten die Tatsache in ihrer beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sein muß. Auch hier wird an die Befragung angeknüpft und der innere Zusammenhang zwischen ärztlicher Tätigkeit und der Kenntniserlangung gefordert.

Gegenstand zu § 300 StGB wird aber weder in § 53 noch in der StPO von "fremden Geheimnissen" gesprochen. Der Arzt hat das Zeugnisverweigerungsrecht über alles, was er in seiner beruflichen Eigenschaft erfahren hat, und zwar unabhängig davon, ob diese Tatsachen Geheimnisse im Sinne des § 300 StGB sind¹⁾, auch bei Offenkundigkeit der Tatsachen und fehlendem Geheimhaltungsinteresse.

Ist der Unterschied zwischen ärztlichem Berufsgeheimnis im materiell- und prozeßrechtlichen Bereich gerechtfertigt?

Da die §§ 53, 97 StPO die prozessuale Ergänzung zu der materiellrechtlichen Vorschrift des § 300 StGB darstellen, hat das "ärztliche Berufsgeheimnis" im materiellen Recht einen anderen Inhalt und Umfang als im Prozeßrecht. Es entsteht daher die Frage, ob rechtspolitisch eine Anpassung der Vorschriften wünschenswert wäre, so daß entweder das materiellrechtliche Schweigegebot auch auf alles ausgedehnt wird, was der Arzt in seinem Berufes erfährt, oder das Zeugnisverweigerungsrecht auf "Geheimnisse" beschränkt wird. Dabei kommt es darauf an, welcher Inhalt des ärztlichen Berufsgeheimnisses dem Sinn der Schweigepflicht für Ärzte am besten gerecht wird.

Schwarz-Kleinknecht, § 53, 1

Sowohl das Schweigegebot für Ärzte des § 300 StGB als auch deren strafprozessuale Ausnahmestellung beruhen auf dem Gedanken, daß die Ärzte in allen Fällen vertrauensvoll konsultiert werden sollen, ohne daß die Patienten zu befürchten brauchen, daß die Ärzte über sie und ihre Belange reden dürfen oder müssen. Das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft soll zur Erhaltung der Gesundheit aller gefördert werden. Dieses Vertrauen ist naturgemäß größer, je umfassender die Schweigepflicht der Ärzte ist. Muß der Arzt über alles schweigen, was er in Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit erfährt, dann kann jeder Patient sich dem Arzt vollständig offenbaren und darauf vertrauen, daß der Arzt stets und jedem gegenüber schweigt, und zwar schweigt, ohne Rücksicht auf ein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und ohne Rücksicht auf das im Einzelfall durchaus fragliche Fehlen der Offenkundigkeit.

Durch beide Merkmale können erhebliche Schwierigkeiten bei der Prüfung auftreten, ob sich ein Arzt nach § 300 StGB strafbar gemacht hat oder nicht. Besonders bei der Frage des tatsächlichen Geheimseins wird die Feststellung, ob der Kreis der "Wissenden" zur Zeit der Offenbarung durch den Arzt noch geschlossen war oder ob ein unbegrenzter Personenkreis inzwischen Kenntnis von der Tatsache erhalten hat, sehr schwer sein. Die Strafbarkeit des Arztes kann dabei oft von einem Zufall abhängen. Er offenbart nämlich kein "Geheimnis" mehr, wenn eine ausreichende Anzahl von Außenstehenden die Tatsache, die bei Kenntnisenerlangung durch den Arzt noch geheim war, erfahren hat, bevor der Arzt seinerseits sie anderen mitteilt. Diese Feststellungs- und Auslegungsschwierigkeiten bei dem Begriff Geheimnis sind geeignet, eine Schädigung des allgemeinen Vertrauens in die Ärzteschaft mit sich zu bringen.

Daß nach herrschender Meinung ein objektiv gerechtfertigtes Interesse an der Geheimhaltung für ein Geheimnis im Rechtssinn erforderlich ist, sollte insbesondere Anlaß zur Prüfung sein, ob es sachgerecht ist, die Schweigepflicht der Ärzte auf "Geheimnisse" zu beschränken. Denn es soll auch das Vertrauen derjenigen Patienten erreicht werden und gewahrt bleiben, die

es unverständigen Gründen Schweigen über bestimmte Tatsachen, die der Arzt zur ordnungsgemäßen Behandlung wissen muß, wünschenswert.

Der Kaffeetrinker ¹⁾, der überall verbreitet hat, er trinke niemals Kaffee, muß auf das Schweigen des Arztes auch hinsichtlich dieses unbedeutenden Punktes vertrauen können; selbst den harmlosesten Schnupfen ²⁾, an dessen Geheimhaltung man aus der Sicht des Betroffenen objektiv berechtigtes Interesse besteht, darf der Arzt nicht offenbaren, wenn das erwünschte Vertrauen in die Ärzteschaft erreicht werden soll.

Die Offenkundigkeit einer bestimmten Tatsache läßt die Schweigepflicht der Ärzte ebenfalls nicht überflüssig erscheinen.

Mag z.B. eine Krankheit, insbesondere eine Hautkrankheit, schon von jedem Laien erkannt werden, damit also nicht "geheim" sein. Dennoch muß auch diese offenkundige Krankheit von der Schweigepflicht des Arztes umfaßt sein, wenn diese ihren Zweck vollständig erfüllen soll. Das Vertrauen in die Verschwiegenheit der Ärzte wäre gefährdet, dürfte der Arzt, den der Patient wegen dieser erkennbaren Erkrankung konsultiert hat, ungestraft darüber reden.

Das ärztliche Berufsgeheimnis sollte daher auch im materiellen Recht - wie es im Prozeßrecht schon der Fall ist - alle Tatsachen umfassen, die dem Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sind ³⁾.

Damit wäre allerdings zugleich ein sehr weitgehender Schutz des einzelnen vor einer Verletzung seines persönlichen Bereichs gewährleistet, da nicht nur die Geheimsphäre, die etwa dem Begriff Geheimnis entspricht, betroffen wäre. Gerade dieser weitreichende Schutz des einzelnen veranlaßte den Gesetzgeber des preußischen Strafgesetzbuches von 1855, anstelle der vorgeschla-

Beispiel von Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 24, für eine Tatsache, die mangels Geheimhaltungsinteresses kein Geheimnis bilden kann.

Diesen hält Seiler, S. 20, mangels eines Geheimhaltungsinteresses nicht für ein Geheimnis.

So auch Russek, S. 41f; Weigand, S. 79; Liebmann, S. 28: Schweigepflicht über alles, was der Kranke anvertraut; Kahl, S. 3: Beziehung zwischen Arzt und Patienten muß ein Schleier heiligen Vertrauens verhüllen.

genen Fassung "persönliche Verhältnisse" die Formulierung "Privatgeheimnisse" zu wählen ¹⁾. Aber da der Schutz des einzelnen nur der Weg ist, mit dem der Schutz eines sozialen Rechtsguts erreicht werden soll, kommt es auf die Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs nicht entscheidend an, wenn der eigentliche Sinn des Schweigegebots die Verschwiegenheit der Ärzte in bezug auf alle Tatsachen verlangt, die ein Arzt bei seiner Berufsausübung erfährt.

Damit würde sich zwar das ärztliche Berufsgeheimnis nicht nur auf Geheimnisse beziehen und gegen die Bezeichnung "Berufsgeheimnis" könnten Bedenken erhoben werden. Aber im geltenden Recht findet sich ein weiterer Fall, in dem ein "Geheimnis" unter Schutz gestellt wird, obwohl die Tatsachen weder geheim sein müssen noch ein Geheimhaltungsinteresse zu bestehen braucht. In Art. 10 GG nämlich wird das Post- und Briefgeheimnis für unverletzlich erklärt; auch dieses Geheimnis erstreckt sich jedoch auf alle Tatsachen, die mit der Beförderung im postalischen Bereich, z.B. von Briefen, Drucksachen, Telegrammen, Zeitschriften im Streifband, irgendwie zusammenhängen ²⁾. Es braucht sich um keine Angelegenheit zu handeln, die ihrer Natur nach Geheimhaltung erfordert; auch offenkundige, unbedeutende, private Angelegenheiten können darunterfallen ³⁾.

Für das Beichtgeheimnis steht es ebenfalls fest, daß sich die Schweigepflicht des Beichtvaters auf den gesamten Inhalt der Beichte bezieht, also auf alles, was durch das Beichtkind bekanntgeworden ist, ohne Rücksicht auf ein objektiv gerechtfertigtes Geheimhaltungsinteresse oder die Offenkundigkeit ⁴⁾.

1) Goltdammer, Materialien, Teil II, S. 327

2) Oehler, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, II. Jahrgang, S. 605 (607)

3) Bovensiepen, Die Grundrechte, Bd. I, S. 387; Oehler, S. 607 nennt als Beispiel eine Offerte in einem unverschlossenen Umschlag, die außerhalb des postalischen Bereichs jedermann zugänglich ist.

4) Eichmann-Mörsdorf, Bd. II, S. 81; Hinschius, 4. Bd., S. 128

der Beicht- noch Brief- oder Postgeheimnis umfassen also nur geheime Tatsachen, sondern erstrecken sich auf sämtliche entweder dem Beichtvater oder der Post - anvertrauten Dinge. Auch in diesen Fällen ist zwar von Geheimnissen die Rede, ohne daß jedoch darunter Geheimnisse, wie sie oben ¹⁾ definiert wurden, zu verstehen sind.

Wenn das ärztliche Berufsgeheimnis daher auch alle Tatsachen umfaßt, die dem Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung bekannt geworden sind, so entspricht dieser mögliche Inhalt dem des Beicht- und Postgeheimnisses.

Alle drei Schweigepflichten haben auch die gleiche Schutzrichtung: sie wollen die ungestörte und vertrauensvolle Inanspruchnahme der postalischen Einrichtungen, der Geistlichen und der Ärzteschaft ermöglichen und herbeiführen, nicht aber Geheimnisse um ihrer selbst willen schützen ²⁾. Diese Schutzrichtung verlangt, daß es auf den Inhalt der anvertrauten Tatsachen nicht ankommt, im Gegensatz zu anderen Geheimnisarten, die nur im Hinblick auf ihren Inhalt Schutz genießen, wie Staats- und Betriebsgeheimnisse.

III. Der Geheimnisberechtigte

a. Im materiellen Recht

Auch wenn das ärztliche Berufsgeheimnis in erster Linie soziale Interessen schützen soll, so fallen doch Belange des Einzelnen notwendig ebenfalls in den Schutzbereich des § 300 StGB. Es entsteht daher die Frage, wer im Einzelfall durch die Schweigepflicht des Arztes geschützt, wer der "Geheimnisberechtigte" ³⁾ ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es gleichzeitig ab, wer den Strafantrag nach § 300 Abs. 1 StGB stellen und von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden kann.

¹⁾ Vgl. S. 28 ff

²⁾ Henkel, Gutachten, S. 132 für die §§ 354, 355 StGB, die in erster Linie der Reinerhaltung des Postbetriebes dienen.

³⁾ Diese Bezeichnung wählte Giesker, S. 136

Einmal wird die Ansicht vertreten, daß Berechtigter der Geheimnisträger sei ¹⁾, das ist derjenige, um dessen Geheimnis es sich handelt, zu dessen Persönlichkeitsbereich die Tatsache gehört ²⁾. Als nächstes wird angenommen, daß betroffen stets der Hilfesuchende sei, also der Patient, der den Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft in Anspruch nimmt ³⁾, und als letztes wird auf den Anvertrauenden abgestellt ⁴⁾, wobei jedoch keine Einigkeit darüber besteht, wer der Anvertrauende in diesem Sinn ist.

Ehe geprüft wird, welche der Ansichten dem Sinn der ärztlichen Schweigepflicht am ehesten gerecht wird, muß vorweg aufgezeigt werden, um was für Tatsachen es sich handeln kann, die ein Arzt im Rahmen der Behandlung eines Patienten erfährt. Neben rein medizinischen Details, wie Anamnese, bestimmte Symptome, Befund, chronische Leiden und sonstige überstandene Krankheiten, kann ein Arzt über persönliche Lebensgewohnheiten, Gedanken und Handlungen seiner Patienten orientiert sein. Aber nicht nur Tatsachen, die den Patienten selbst betreffen, wird ein Arzt erfahren, sondern darüber hinaus auch solche, die sich auf Dritte beziehen. So kann der Patient z.B. Erbkrankheiten in der Familie oder sonstige Erkrankungen von Angehörigen, ja auch Krankheiten der Nachbarn, um z.B. eine Ansteckungsquelle zu erfahren, mitgeteilt haben. Neben diesen medizinischen Dingen können einem Arzt auch sonstige Einzelheiten über Dritte bekannt geworden sein, so bei Angaben über

-
- 1) OLG Hamburg, NJW 1962, 689 (691); Schönke-Schröder, § 300, III 1; LK (Jagusch), § 300, 5; Dreher-Maassen, § 300, 10; Liszt-Schmidt, S. 590; Maurach, § 22, II B 4; Eb. Schmidt, Artzt 1. Strafr., S. 67; Russek, S. 45, 107; Seiler, S. 83; Grüter, AM 1956, 66; Melzer, S. 78
 - 2) Schönke-Schröder, a.a.O.; LK (Jagusch), a.a.O.; Dreher-Maassen, a.a.O.; Eb. Schmidt, a.a.O.
 - 3) Giesker, S. 143; Finger, S. 370; Glaser, S. 521; Sauter, S. 127 ff; Weigand, S. 113; Woesner, NJW 1957, 692; Ebermayer, Artzt 1. Recht, S. 47; Kohlhaas, GA 58, 65 (73); ders., JR 1958, 328; ders., Berl. Arzteblatt 1961, 582; Stein-Jonas-Schönke, § 385 II 1, Anm. 28;
 - 4) RGSt 13, 60; Kohlrausch-Lange, § 300, IV u. IX; Schwarz-Dreher, § 300, 7; LK (Nagler), § 300 V; Frank, § 300, III, IV; Welzel, S. 315 (neben dem Geheimnisträger); Binding, S. 128; Niethammer, S. 358; Merkel, LB, S. 350; Gerland, LB, S. 544; Kries, S. 359; Liebmann, S. 14; v. Schwarze, § 52 18; Kohlhaas, NJW 1961, 1362 (1365).

die Herkunft oder den Urheber einer Verletzung oder bei einer Mitteilung von Intimitäten aus dem ehelichen Leben. Besonders bei der psychotherapeutischen Behandlung ist die Kenntnis von Lebensgewohnheiten und -umständen und von einzelnen Erlebnissen der Vergangenheit des Patienten und auch seiner Verwandten und Freunde erforderlich, und gerade hier erfährt der Arzt intimste Dinge, die nicht nur den Patienten, sondern auch Dritte betreffen ¹⁾. Die Kenntnis dieser Einzelheiten kann auf einer Mitteilung des Patienten beruhen, der Arzt kann sie selbständig aus angegebenen Merkmalen oder durch die Untersuchung erkannt haben, aber auch Dritte, wie Eltern, Ehegatten, sogar Freunde oder Nachbarn können die Geheimnisse ²⁾ bekanntgegeben haben. Die Frage nach der Berechtigung im Rahmen des § 300 StGB muß unter Beachtung dieser verschiedenen Möglichkeiten eine sachgerechte Antwort erhalten.

Für den jeweiligen Geheimnisträger als Geheimnisberechtigten spricht, daß seine Intimsphäre notwendig vor einer Verletzung geschützt ist, wenn der Arzt seine Geheimnisse im Rahmen eines Arzt-Patient-Verhältnisses erfährt. Da der Arzt nach § 300 StGB über jedes fremde Geheimnis schweigen muß, genießt der Dritte diesen durch die Vorschrift hervorgerufenen Schutz, ohne mit dem Arzt in irgendeine persönliche Beziehung gelangt zu sein, ja ohne ihn überhaupt zu kennen. Aber reicht die Tatsache, daß seine Geheimnisse in den Schutzbereich fallen, auch aus, ihm die Berechtigung zuzugestehen, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden und gegebenenfalls eine Bestrafung des Arztes herbeiführen zu können? Reicht sie insbesondere auch dann aus, wenn er selbst weder den Arzt konsultiert hat noch mit ihm im Rahmen der Behandlung eines Dritten in Berührung gelangt ist?

-
- 1) Göppinger, AM 1958, 1354; Ehrhardt und Villinger, S. 203
2) Trotz der Bedenken gegen die Beschränkung der Schweigepflicht nur auf "Geheimnisse" wird im folgenden der Einfachheit halber an dieser Terminologie festgehalten.

Auszugehen ist davon, daß die Schweigepflicht nur dann entsteht, wenn der Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft in Anspruch genommen worden ist. Erst mit der Begründung eines Arzt-Patient-Verhältnisses ist der Arzt verpflichtet, Verschwiegenheit zu üben. Die innere Rechtfertigung für das Schweigegebot ist in den Beziehungen zwischen Arzt und Patienten, in einem höchstpersönlichen Vertrauensverhältnis zu sehen ¹⁾. Dieses Vertrauensverhältnis ist die "Brücke", über die dem Arzt bekanntgewordene Tatsachen die Qualifikation von ärztlichen Berufsgeheimnissen erhalten ²⁾.

Wenn die Schweigepflicht im Einzelfall an ein bestimmtes Vertrauensverhältnis anknüpft, läßt das bereits erkennen, daß die Pflicht zur Verschwiegenheit dann auch nur dem jeweiligen Partner des Vertrauensverhältnisses gegenüber besteht. Der Dritte, der mit dem Arzt in keine Berührung gelangt ist, ja ihn überhaupt nicht zu kennen braucht, hat auf die Begründung des Arzt-Patient-Verhältnisses, und damit auf die Schweigepflicht keinen Einfluß. Es hängt allein von dem Willen des Patienten ab, ob ein Arzt-Patient-Verhältnis begründet wird, damit ist auch sein Wille allein für die Entstehung der Schweigepflicht ausschlaggebend. Da er durch seine Inanspruchnahme des Arztes erst die Möglichkeit, den Grund für ein Schweigegebot schafft, muß er allein es auch sein, der auf das Fortbestehen der Schweigepflicht Einfluß hat und sie gegebenenfalls auch wieder beenden kann ³⁾. Für ein Schweigegebot auch dem Dritten gegenüber fehlt jede innere Berechtigung ⁴⁾.

Daß der Arzt fremde Geheimnisse erfährt, reicht für sich allein nicht aus, die Schweigepflicht entstehen zu lassen. Werden die den Dritten betreffenden Tatsachen dem Arzt nicht im Rahmen eines Arzt-Patient-Verhältnisses mitgeteilt, sondern von einem Verwandten, Freund oder Nachbarn außerhalb eines

1) Weigand, S. 110

2) Seiler, S. 72

3) so etwa argumentiert LK (Nagler), § 300, V; Glaser, S. 521

4) Weigand, a.a.O.

solchen Verhältnisses, so trifft ihn keine gesetzliche Schweigepflicht ¹⁾. Der Dritte genießt in diesem Fall keinen Schutz vor einer Offenbarung durch den Arzt, ebensowenig wie ein Schutz vor der Offenbarung durch andere besteht. Wenn der Arzt über Geheimnisse Dritter, die ihm bei seiner ärztlichen Berufsausübung (von einem Patienten) mitgeteilt worden sind, schweigen muß, so kann es allein das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten sein, auf dem die Schweigepflicht beruht und von dem sie abhängt; denn die Position des Geheimnisträgers dem Arzt gegenüber ist in beiden Fällen gleich. Für die Geheimnisträger bedeutet es einen "Zufall", daß der Arzt die Geheimnisse im Rahmen eines Arzt-Patient-Verhältnisses erfahren hat und nicht außerhalb solcher Beziehungen ²⁾.

Für eine Situation, in der der Patient Drittgeheimnisse dem Arzt anvertrauen kann, ist notwendige Voraussetzung, daß der Patient in die Intimsphäre des Dritten eingedrungen ist, dessen Geheimnisse also kennt, sei es durch Mitteilung des Geheimnisträgers selbst, sei es durch zufällige oder gewollte Kenntniserlangung. Nachdem einer fremden Person - hier dem Patienten - die Geheimnisse einmal bekanntgeworden sind, kann der Geheimnisträger nicht mehr darauf vertrauen, daß diese Dinge auch weiter geheim bleiben werden, da eine Strafandrohung für Verletzung der Geheimsphäre fehlt. Der Geheimnisträger hat den Schutz seiner Geheimsphäre nicht mehr in der Hand; er kann nicht verhindern, daß der Patient die Geheimnisse anderen Personen mitteilt, die dann ebensowenig gesetzlich zum Schweigen verpflichtet sind wie der Patient selbst. Auf die Auswahl der Dritten, denen der Patient seinerseits - sei es freiwillig, sei es unter Zwang - die Geheimnisse offenbart, hat der Geheimnisträger keinen Einfluß. Daher kann es für ihn auf das Verhältnis zwischen dem Patienten und dem Mitteilungsempfänger auch nicht ankommen. Selbst wenn zwischen diesen beiden besondere Beziehungen bestehen,

¹⁾ LK (Jagusch), § 300, 3; Deschl, S. 43; Ebermayer, Arzt im Recht, S. 44

²⁾ Giesker, S. 143

aus denen der Patient Rechte herleiten kann, hat das keine Wirkung für den Geheimnisträger, der außerhalb dieser Beziehungen steht. Die Situation des Geheimnisträgers ist stets die gleiche, unabhängig davon, ob der Kranke einem Arzt oder einem anderen die Drittgeheimnisse offenbart hat. Daß es gerade ein Arzt ist, dem sie der Patient mitgeteilt hat, ändert an der Stärke des Schutzbedürfnisses des Geheimnisträgers nichts. Stets hat er ein Interesse daran, daß seine Geheimsphäre möglichst unangetastet bleibt; dieses Interesse dann nur in einem Fall strafrechtlich zu schützen - nämlich vor einer Verletzung durch den Arzt, mit dem der Geheimnisträger nichts zu tun hat - erscheint nicht berechtigt.

Daß der Geheimnisträger nicht als geheimnisberechtigt angesehen werden kann, wenn er in keine persönliche Beziehung zum Arzt getreten ist, wird durch den Zweck des gesetzlichen Schweigegebots bestätigt.

Mit ihm soll das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft gefördert werden, um damit eine Voraussetzung für die Gesundheitspflege und Gesunderhaltung aller zu schaffen.

Der Begriff "allgemeines Vertrauen" ist abstrakt. Er ergibt sich aus dem Vertrauen derjenigen, die als Ratsuchende den Arzt in Anspruch nehmen. Sinn des Schweigegebots ist es daher letztlich, das Vertrauen dieser Hilfesuchenden zu erreichen. Auf das Vertrauen der Geheimnisträger kommt es, solange diese nicht gleichzeitig zu den Ratsuchenden gehören, nicht an.

Das erwünschte Vertrauen der Kranken wird nun aber nicht dadurch gefördert, daß der Arzt dem Geheimnisträger gegenüber zum Schweigen verpflichtet ist, sondern allein durch das Schweigegebot des Arztes dem Patienten gegenüber. Nur wenn dieser weiß, daß der Arzt über alles, einschließlich der ihm über Dritte mitgeteilten Dinge, schweigen muß, solange er - der Patient - es verlangt, wird er sich mit dem erforderlichen Vertrauen dem Arzt offenbaren. Da die Schweigepflicht das vollständige Anvertrauen der Hilfesuchenden herbeiführen soll, können auch nur diese das Schweigen erwarten.

hon in anderem Zusammenhang wurde auf die Zwangslage hin-
wiesen, in der sich der Kranke befindet, der die Hilfe ei-
es Arztes braucht. Er muß den ihm möglichen eigenen Schutz
ines Intimbereichs, der im Schweigen liegt, aufgeben, wenn
ee Kenntnis dieser intimen Dinge zur ordnungsgemäßen Behand-
ng durch den Arzt erforderlich ist. Da aber die Inanspruch-
hme ärztlicher Hilfe und die vollständige Offenbarung aller
heimnisse im Interesse der Allgemeinheit liegt, wird der
zt durch das gesetzliche Schweigegebot verpflichtet, über
e ihm bekannt gewordenen Tatsachen zu schweigen, und damit
rd gleichzeitig ein Ersatz für den sonst möglichen Eigen-
chutz der Intimsphäre geschaffen ¹⁾.

mn die Schweigepflicht des § 300 StGB an die Stelle des
st möglichen eigenen Schutzes tritt, muß sie folgerich-
e nur den schützen, der zur Offenbarung gezwungen wird.
esser Zwang besteht hauptsächlich für jeden, der ärztliche
ife braucht, der sich heilen oder vorbeugend beraten las-
r will, für den Kranken, den Patienten. Dieser ist genötigt,
st eventuell streng geheimgehaltene Tatsachen - die auch
itte betreffen können - einem Fremden zu offenbaren, wenn
ee Kenntnis dieser Geheimnisse zu seiner ordnungsgemäßen Be-
ndlung erforderlich ist.

er Dritte, der mit dem Arzt in keinerlei Berührung gelangt,
t diesem Zwang nicht ausgesetzt. Ein eigener Schutz des
itten - durch striktes Schweigen - , an dessen Stelle der
aatliche Schutz des § 300 StGB treten könnte, kommt hier
erhaupt nicht in Betracht; denn nicht der Geheimnisträger
lbst gibt Einblick in seine Intimsphäre, sondern ein ande-
r, der schon vorher notwendig diese für ihn fremden Geheim-
sse kannte. Die Stufe, auf der ein eigener Schutz des Ge-
imnisträgers einsetzen mußte und konnte, ist bereits über-
ritten, wenn der Patient dem Arzt Geheimnisse Dritter mit-
ilt. Daher kann der durch § 300 StGB erreichte Schutz der
heimsphäre nicht an die Stelle des eigenen Schutzes des Ge-
imnisträgers treten, sondern nur den Selbstschutz desjeni-

Finger, S. 341, 359; Sauter, S. 39 ff.; ähnlich Giesker,
S. 136; Weigand, S. 28

gen ersetzen, der dem Zwang, sich einem Arzt anvertrauen zu müssen, ausgesetzt ist ¹⁾.

Der Geheimnisträger kann danach nicht generell als geheimnisberechtigt angesehen werden. Für seine Berechtigung fehlt die innere Rechtfertigung, wenn er in keine persönliche Beziehung zu dem Arzt gelangt ist. Die Tatsache, daß der Arzt auch über seine Geheimnisse schweigen muß, reicht allein nicht aus, ihm die Geheimnisberechtigung zuzugestehen ²⁾.

Die bisherigen Erwägungen sprechen dafür, den Patienten als geheimnisberechtigt anzusehen, da ihn stets ein persönliches Vertrauensverhältnis mit dem Arzt verbindet. Er ist dem Zwang zur Mitteilung ausgesetzt, und sein Vertrauen in die Ärzteschaft soll erreicht werden, damit er approbierte Ärzte in Krankheitsfällen konsultiert.

Solange sich lediglich zwei Personen gegenüberstehen, nämlich Patient und Arzt, ist es sachgerecht, den Patienten als geheimnisberechtigt anzusehen, selbst wenn er dem Arzt Drittgeheimnisse mitgeteilt hat.

Zweifel an der alleinigen Geheimnisberechtigung des Patienten entstehen jedoch, wenn der Arzt im Rahmen einer einheitlichen Konsultation mehreren Personen gegenübersteht, wenn also neben dem Patienten ein Dritter in persönliche Beziehungen zu dem Arzt tritt. Zu denken ist dabei in erster Linie an die Situationen, in denen Eltern bei der Behandlung ihres Kindes, Ehegatten bei der Behandlung des anderen Gatten dem Arzt Tatsachen mitteilen.

Hier entsteht für die Dritten eine ähnliche Lage wie für den Patienten, der die Hilfe des Arztes braucht: Auch sie können dem Zwang ausgesetzt sein, Tatsachen aus ihrem Intimbereich, wie Krankheiten, dem Arzt bekanntgeben zu müssen, wenn sie für ihren erkrankten Angehörigen eine ordnungsgemäße Behandlung ermöglichen wollen. Da die Mitwirkung dieser Dritten

1) So auch folgerichtig Finger, S. 370; Sauter, S. 120 ff, insbesondere S. 127

2) Giesker, S. 143; Finger, a.a.O.; Sauter, a.a.O.; Weigand, S. 110; Gerland, S. 544; Kohlhaas, GA 1958, 65; ders., JR 1958, 328; ders., Berl. Ärzteblatt 1961, 582; ders., NJW 1964, 1162 (1165)

insbesondere bei der Behandlung von Kleinkindern - erforderlich ist, ist auch ihre vollständige und vertrauensvolle Offenbarung dem Arzt gegenüber erwünscht. Ihr Vertrauen soll ebenso erreicht werden wie das der Kranken selbst. Wenn sie dem Arzt Geheimnisse anvertrauen, so tun sie es ebenfalls aufgrund einer engen Beziehung zum Arzt, im Rahmen eines höchstpersönlichen Vertrauensverhältnisses.

Hier dennoch nur den Patienten als geheimnisberechtigt anzusehen und allein ihm die Möglichkeit zu geben, von der Schweigepflicht zu entbinden und einen Strafantrag zu stellen, wäre unzureichend. Damit kann auch der Ansicht, daß nur der Patient stets geheimnisberechtigt ist, nicht gefolgt werden. Festzustellen ist vielmehr auf das höchstpersönliche Vertrauensverhältnis zum Arzt. Wenn der Partner des jeweiligen Vertrauensverhältnisses als geheimnisberechtigt angesehen wird, so wird diese Lösung sowohl den Fällen gerecht, in denen nur der Patient dem Arzt gegenübersteht und ihm dabei auch Drittgeheimnisse mitteilt, als auch den Fällen, in denen neben dem Arzt-Patient-Verhältnis ein weiteres Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und einem Dritten entsteht.

Der Partner des höchstpersönlichen Vertrauensverhältnisses der Anvertrauende in diesem Sinne - wird durch eine Offenbarung der anvertrauten Tatsachen durch den Arzt stets tantriert; sein Vertrauen wird enttäuscht.

In der höchstpersönlichen Vertrauenssphäre hat die Schweigepflicht ihren Ursprung, und durch sie findet sie ihre innere Berechtigung; folgerichtig muß daher der Partner des jeweiligen Vertrauensverhältnisses geheimnisberechtigt im Rahmen des § 300 StGB sein ¹⁾.

) RG St 13, 60 ; Kohlrausch-Lange, § 300 IV und IX; Schwarz-Dreher, § 300, 7; (neben dem Geheimnisträger); LK (Nagler), § 300, V; Welzel, S. 315 (neben dem Geheimnisträger); Frank, § 300, III u. IV (neben dem Geheimnisträger); Binding, S. 128; Niethammer, S. 358; Merkel, Lehrbuch, S. 350; Gerland, Lehrbuch, S. 544; Kries, S. 359; Liebmann, S. 14; v. Schwarze, § 52, 18; Kohlhaas, NJW 1964, 1162 (1165) im Gegensatz zu früheren Abhandlungen, in denen er nur den Patienten als berechtigt ansah.

2. Im Prozeßrecht

Das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot sind eine Ergänzung zu dem materiellrechtlichen Schweigebot für Ärzte, und beide beruhen auf demselben Gedanken wie § 300 StGB: das Vertrauen zu approbierten Ärzten zu stärken, um ihre Inanspruchnahme in Krankheitsfällen zu erreichen und damit die Gesundheit des einzelnen und zugleich die Volksgesundheit zu erhalten. Wenn es dem Sinn des § 300 StGB entspricht, als Geheimnisberechtigten den Partner des jeweiligen Vertrauensverhältnisses anzusehen, muß daher im Strafprozeßrecht die Frage nach dem Geheimnisberechtigten genauso beantwortet werden.

Ebensowenig, wie im Rahmen des § 300 StGB der jeweilige Geheimnisträger ohne Rücksicht auf seine Stellung zu dem Arzt geheimnisberechtigt ist, kann es auf den Willen des Geheimnisträgers für die §§ 53 und 97 StPO ankommen.

Wie bereits ausgeführt ¹⁾, bezwecken diese Vorschriften nicht den Schutz der Geheimsphäre, sondern beruhen auf der Notwendigkeit des Vertrauensverhältnisses zum Arzt, das im Interesse der allgemeinen Gesundheit bestehen muß ²⁾. Erklären sich aber Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot aus der Rücksichtnahme auf dieses höchstpersönliche Vertrauensverhältnis, kann auch nur der jeweilige Partner des Vertrauensverhältnisses den Arzt von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden, wie es ebenfalls von ihm abhängt, ob und wie lange die materiellrechtliche Schweigepflicht des Arztes bestehen bleibt.

Der Geheimnisträger, der in keine Berührung mit dem Arzt gekommen ist, kann nicht damit rechnen, daß der Arzt bei seiner Zeugenvernehmung über die Drittgeheimnisse schweigen darf, wenn er diese zufällig bei seiner Berufsausübung erfahren hat; ebensowenig wie der Geheimnisträger erwarten

1) S. 22 ff

2) LG Köln, NJW 1959, 1598; RG St 66, 274; 74, 111; KMR (Sax), § 53, 1a; Eb. Schmidt, Lehrk., § 53, 3; Glaser, S. 529; Hiendl, NJW 58, 2100;

nen, daß über dasselbe Geheimnis der Patient oder ein be-
lebiger Dritter, dem der Patient es weitererzählt hat,
sweigen muß oder darf. Der Arzt ist hier wie jeder ande-
der das Geheimnis vom Patienten erfahren hat, Zeuge vom
Hörensagen ¹⁾. Er gibt lediglich weiter, was der Patient
mitgeteilt hat, ohne die Wahrheit oder Unwahrheit zu
nen oder zu bestätigen.

er häufig wird z.B. im Ehescheidungsverfahren auf das Zeug-
des behandelnden Arztes Bezug genommen, um damit eine
Behandlung des Ehepartners zu beweisen. Ebenso kann im Straf-
verfahren der behandelnde Arzt als Zeuge für die Ursache oder
Verursacher einer Verletzung herangezogen werden. Der
tt hat in diesen Fällen im Verhältnis zu dem Dritten, der
Behandelt oder verletzt haben soll, keine andere Stellung
jeder weitere Zeuge vom Hörensagen, dem das Drittgeheim-
mitgeteilt worden ist. Es besteht kein Grund, dem Arzt
im Hinblick auf den Dritten, der zu ihm in keinerlei Be-
ziehung steht, eine Zeugnisverweigerung zu gestatten, wenn
Anvertrauende die Aussage wünscht, um damit seine Posi-
on zu verbessern.

der Einwilligung des Partners des Vertrauensverhältnis-
dessen Vertrauen als Bestandteil des allgemeinen Ver-
uens erstrebt und nicht enttäuscht werden soll, entfällt
Interessenkollision, die eine Durchbrechung der Aussage-
nicht ermöglichte. Dem Arzt im Interesse des unbeteiligten
tten dann weiterhin eine Zeugnisverweigerung zu gestatten,
behrt jeder inneren Rechtfertigung ²⁾.

ein derjenige, der dem Arzt das Drittgeheimnis im Rahmen
des höchstpersönlichen Vertrauensverhältnisses mitgeteilt
a, muß auch auf das Schweigen des Arztes im Strafprozeß ver-
uen können. Er allein kann bestimmen, wann und was der Arzt
Zeuge aussagen darf, und er allein trägt die Verantwortung,
an die Drittgeheimnisse im Strafverfahren bekannt werden.

Kohlhaas, JR 1958, 328; ders., Berliner Ärzteblatt,
1961, 582; ders., NJW 1964, 1162 (1165)

Kohlhaas, a.a.O.

Dem Sinn des Zeugnisverweigerungsrechts und dem des Beschlagnahmeverbots entspricht es daher - ebenso wie dem Sinn der materiellrechtlichen Schweigepflicht -, den Partner des jeweiligen höchstpersönlichen Vertrauensverhältnisses als geheimnisberechtigt anzusehen.

B. Schriftliche Fixierung

I. Inhalt

Um den Ärzten die Behandlung der einzelnen Patienten zu erleichtern, werden die jeweiligen ihnen zur Kenntnis gelangten ärztlichen Berufsgeheimnisse schriftlich fixiert, und zwar in Form von Krankenblättern.

Die Verpflichtung der Ärzte, Krankenkarteien anzulegen, ergibt sich aus den Berufsordnungen der einzelnen Landesärztekammern, und zwar § 7 Abs. 1 der Berufsordnung der Landesärztekammer Baden Württemberg vom 4. 6. 1958, § 8 Abs. 1 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns vom 1. 4. 1958, § 6 Abs. 1 der Berufsordnung der Ärztekammer Berlin vom 23. 3. 1967, § 7 Abs. 1 der Berufsordnung der Ärztekammer Bremen vom 4. 12. 1961, § 7 Abs. 1 der Berufsordnung für die deutschen Ärzte (Hessen); § 7 der Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsens vom 25. 4. 1951, § 8 Abs. 2 der Berufsordnung für die Ärzte in Nordrhein vom 12. 12. 1956, § 8 Abs. 2 der Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe vom 26. 5. 1956, § 7 Abs. 1 der Berufsordnung für die Ärzte in Rheinland-Pfalz vom 30. 1. 1960, § 7 Abs. 1 der Berufs- und Facharztordnung für die Ärzte des Saarlandes vom 10. 12. 1959, § 7 Abs. 1 der Berufsordnung für die Ärzte Schleswig-Holsteins vom 22. 8. 1960. Danach sind die Ärzte verpflichtet, über wichtige Befunde und Behandlungsmaßnahmen der einzelnen Patienten Aufzeichnungen zu machen. Jedoch beschränkt sich der Inhalt der Krankengeschichten nicht nur auf Befund und Therapie; Krankenblätter werden im Gegenteil gewöhnlich erheblich mehr enthalten. Dabei ist davon auszugehen, daß bei dem heutigen Stand der Medizin neben dem physischen Zustand des Patienten der psychische eine entscheidende Rolle spielt. Seit dem Vordringen der psychosomatischen Betrachtungsweise wird auch bei der Behandlung rein organischer

das Psychische mitbeachtet. Daher werden den Arzt bei Exploration heute neben dem eigentlichen Krankheitsablauf auch sonstige Vorfälle aus dem Leben des Patienten oder Dritter interessieren, die zum Verständnis des Krankheitsbildes erforderlich sein mögen.

Krankenblätter können infolgedessen im Einzelfall über klinische Details - wie Anamnese, bestimmte Symptome, Erbkrankheiten in der Familie, überstandene Krankheiten - Auskunft geben und darüber hinaus über Tatsachen Handlungen des Patienten, aber auch Dritter, über persönliche Lebensgewohnheiten, Gedanken oder seelische Depressionen, die mit der eigentlichen, die Konsultation veranlassenden Krankheit in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen ¹⁾. In der Diagnose und dem Verlauf der Behandlung können die Krankenblätter im übrigen persönliche Bemerkungen des Arztes enthalten, wie Kritiken an anderen Ärzten oder am Verhalten des Patienten.

Rechtsnatur

Um den möglichen Inhalt der Krankenjournalen umrissen worden zu sein, interessiert ihr rechtlicher Charakter. Sie werden allgemein als bloße Gedächtnisstützen der Ärzte angesehen ²⁾. Ihre Natur als "Gedächtnisstütze" ergibt sich aus ihrer Funktion bei der Behandlung Kranker. Die Krankenblätter dienen der Orientierung des Arztes über die ihm zur Behandlung gebrachten Einzelfälle. Ohne eine schriftliche Fixierung wäre eine ordnungsgemäße Behandlung der Kranken nicht möglich, da bei der Vielzahl der einen Arzt konsultierenden Patienten dessen Erinnerungsvermögen allein nicht ausreichen würde. Sie sind also ein "Stück zu Papier gebrachtes Gedächtnis" ³⁾, persönliche Aufzeichnungen des Arztes, zu seinem Gedächtnis bei der ordnungsgemäßen Krankenbehandlung gedacht.

Porsch, JR 1956, 453 (454); Ehrhardt und Villinger, Psychiatrie der Gegenwart 1961, 200; Göppinger, NJW 1958, 241 ff bringt eine erschöpfende Übersicht über den möglichen Inhalt

o. Schmidt, DMW 1954, 649; Bewer, JR 1956, 11; Grüter, AM 1956, 4; Hess, AM 1954, 487; Wiethaup, JR 1964, 174; Heesen-Göhlmann-Winstermann, AM 1954, 546

o. Schmidt, in Ponsold's Lehrbuch 1950, S. 26, Anm. 3

Der Arzt ist Eigentümer der Krankenblätter, er hat die alleinige Verfügungsbefugnis und das Urheberrecht ¹⁾.

Fraglich ist, ob der Patient Einsicht in die Papiere nehmen oder sogar Herausgabe an sich oder an ein Gericht in einem gerichtlichen Verfahren verlangen kann. Die Antwort läßt sich nur unter Beachtung des Zwecks und des Inhalts der zwischen Arzt und Patienten gewöhnlich bestehenden vertraglichen Beziehungen finden. Dieser Vertrag - ein Dienstvertrag ²⁾ - bezweckt die Heilbehandlung des Patienten. In sie ist notwendig nur die Aufklärung über das Leiden mit eingeschlossen, also eine Auskunftspflicht. Diese Pflicht zieht aber nicht gleichzeitig eine Verpflichtung zur Herausgabe der Krankenblätter nach sich; denn schon die Führung der Krankenpapiere ist nicht unbedingt Voraussetzung jeder einzelnen Behandlung, sondern dient lediglich der ordnungsgemäßen Durchführung einer Vielzahl von Behandlungen. Erst recht ist dann die Einsicht oder Herausgabe der Journale nicht Inhalt der sich aus dem Dienstvertrag ergebenden Pflichten ³⁾.

Auch aus den §§ 675, 666, 667 BGB läßt sich kein Herausgaberecht des Patienten herleiten, da die Heilbehandlung keine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB darstellt. Während der Begriff der "Geschäftsbesorgung" in den §§ 662 und 677 BGB sehr weit ausgelegt wird, so daß die ärztliche Tätigkeit darunter fällt ⁴⁾, wird von der herrschenden Meinung für § 675 BGB ein eingeschränkter Geschäftsbegriff angenommen. Darunter fallen nur selbständige Tätigkeiten wirtschaftlicher Art für einen anderen und in dessen Interesse ⁵⁾. Für die Heilbehandlung, die

1) Eb. Schmidt, DMW 1954, 1649; Bewer, JR 1956, 11; Grüter, AM 1956; 64; Hess, AM 1954, 487; Wiethaup, JR 1954, 174; Heesen-Göhmann-Münstermann, AM 1954, 546; zum Urheberrecht ausdrücklich BGH Z, NJW 1952, 661

2) Staudinger (Nipperdey, Mohren) vor § 611, 184; RGRK (Denecke) vor § 611, 52

3) LG Hannover, NJW 1956, 348; OLG Stuttgart, NJW 1958, 2118; Grüter, a.a.O.

4) Palandt (Gramm) § 662, 3; Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl) § 662, 10

5) RG Z 109, 301; Palandt (Gramm) § 675, 2a; RGRK (Denecke) § 675, 1; Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl) § 675, 1

rer Natur nach schon keinen wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers dient, gilt darüber hinaus noch das Argument, sie sei nicht Tätigkeit für einen anderen, sondern an einem anderen ¹⁾.

Als letzte Möglichkeit, dem Patienten ein Herausgaberecht zu geben, bleibt die allgemeine Vorschrift des § 810 BGB, nach welcher derjenige, der ein rechtliches Interesse daran hat, bestimmte Urkunden in fremdem Besitz einsehen kann.

Krankenblätter fallen jedoch nicht unter die Papiere, in die nach § 810 BGB Einsicht gewährt werden muß und die im Prozeß in Verbindung mit §§ 422, 429 ZPO herauszugeben sind; dann zu diesen gehören nur solche Urkunden, die rechtsgeschäftlichen Charakter haben, die also Aussagen über ein Rechtsverhältnis enthalten ²⁾.

Krankenblätter dienen aber nicht dazu, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patienten zu bezeugen, sondern sind sogar unabhängig von einem Rechtsverhältnis ³⁾.

Verschiedentlich wird angenommen, daß die Krankenpapiere im Interesse des Patienten angelegt werden, wie § 810 BGB 1. alternative es verlangt ⁴⁾. Zwar kann nicht ernsthaft bestritten werden ⁵⁾, daß die Karteien auch dem Interesse des Kranken dienen; denn durch sie wird eine ordnungsgemäße Behandlung ermöglicht. Aber Interesse im Sinne des § 810 BGB bedeutet rechtsgeschäftliches Interesse. Mit der Herstellung

Palandt (Gramm), § 662, 3 u. § 675, 2a
Staudinger (Müller), § 810, 9; Siegel, S. 18, 56
Göppinger, NJW 1958, 241; Grüter, AM 1956, 64
Pfeifer, JW 1936, 3031; wohl auch RGRK (Kuhn), § 810, 4 und Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl), § 810, 10, die beide auf Pfeifer verweisen, ohne eine eigene Stellungnahme zu geben.

Das tut jedoch Wiethaup, JR 1954, 174 ohne jede Begründung. Gegen ihn Porsch, JR 1956, 453 (455)

der Urkunde muß bezweckt worden sein, ein Beweismittel zu schaffen oder rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien zu fördern ¹⁾. Ebensowenig, wie Krankenblätter rechtsgeschäftliche Urkunden sind, dienen sie einem so verstandenen Interesse des Patienten ²⁾.

Der Patient hat danach also weder ein Recht auf Einsicht in die Krankenpapiere noch auf Herausgabe an sich oder an ein Gericht in einem gerichtlichen Verfahren.

-
- 1) RG Warneyer 1912, Nr. 304; RGRK (Kuhn), § 811, 4; Staudinger (Müller), § 810, 10; Soergel-Siebert (Erdsiek-Mühl), § 810, 6; Siegel, S. 58
- 2) OLG Stuttgart, NJW 1958, 2118; LG Hannover, NJW 1956, 348; Staudinger, § 810, 8; Wiethaup, JR 1954, 174; Grüter, AM 1956, 64

2. Teil

Vorschriften der Strafprozeßordnung zum ärztlichen Berufsgeheimnis

Zeugnisverweigerungsrecht

Ein Recht zur Zeugnisverweigerung

Nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist den Ärzten das Recht eingeräumt worden, das Zeugnis über alle Tatsachen zu verweigern, die ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sind.

Das bedeutet nach herrschender Meinung, daß sie zwar der allgemeinen Aussagepflicht nicht unterliegen und nicht aussagen müssen, aber daß sie ebensowenig verpflichtet sind, das Zeugnis zu verweigern; sie können trotz des ihnen zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts in dem Strafverfahren Angaben machen.

Eb. Schmidt ¹⁾ ist dieses den Berufsangehörigen eingeräumte Recht zur Zeugnisverweigerung eine Folge ihrer besonderen Stellung. Sie gehören standesethisch stark gebundenen Berufsangehörigen an und daher wird ihnen die alleinige Entscheidung anvertraut, ob sich die Aussage mit ihrer beruflichen Schweigepflicht verträgt oder nicht. Sie allein sollen entscheiden, ob sie die Bekanntgabe der ihnen anvertrauten Geheimnisse verantworten können.

Berufsangehörigen haben also nach allgemeiner Auffassung die eigene, freie Entscheidungsmöglichkeit über Aussage oder Nichtaussage. Sie dürfen durch das Gericht weder in der einen noch in der anderen Richtung beeinflusst werden, insbesondere darf auf sie kein Zwang ausgeübt werden ²⁾.

Die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht ist in § 53 StPO nicht vorgesehen. Da davon ausgegangen wird, daß die Berufsangehörigen des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ihre der Schweigepflicht

Lehrkommentar, § 53, 24

Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3 C cc; Eb. Schmidt, a.a.O.; ders., Arzt im Strafrecht, S. 59

gepflicht entsprechenden Rechte im Strafprozeß kennen, wird auch § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht entsprechend herangezogen, um zu einer Belehrungspflicht des Gerichts zu gelangen 1

Bestritten ist, ob darüber hinaus gleichzeitig auch jede Belehrung verboten und prozeßordnungswidrig ist. Da nach herrschender Meinung der Arzt die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage unbeeinflusst treffen muß und darf, ist demzufolge sicherlich jede Belehrung untersagt, die eine Beeinflussung in der einen oder anderen Richtung mit sich bringt. So darf das Gericht z.B. den Arzt nicht dahingehend belehren, daß er zwar nicht aussagen müsse, aber im konkreten Fall aussagen könne, ohne seine materiellrechtliche Schweigepflicht zu verletzen 2).

Glaubt aber das Gericht, der Arzt kenne sein Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt nicht, so darf es den Zeugen durchaus darauf hinweisen, daß er das Zeugnis gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO verweigern könne 3). Damit wiederholt das Gericht lediglich den Gesetzestext, ohne den Arzt zu beeinflussen; denn durch diese Belehrung kann der Arzt nicht den Eindruck gewinnen, daß im konkreten Fall eine Schweigepflicht besteht, die nicht durchbrochen werden darf 4). Die Belehrung bezieht sich eindeutig nur auf die Rechte des Zeugen im Strafverfahren, wie die herrschende Meinung sie annimmt, und nicht auf die materiellrechtliche Lage.

Das Verhalten des Gerichts ist danach solange prozeßordnungsgemäß, wie die Entscheidungsfreiheit des Arztes vollständig gewahrt bleibt 5).

1) RG St 66, 273; BGH St 9, 60; Schwarz-Kleinknecht, § 53, 1; KMR (Sax), § 53, 5; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 1

2) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 62

3) KMR (Sax), § 53, 5 ist darüber hinaus der Ansicht, daß in diesem Fall die Fürsorgepflicht des Gerichts den Hinweis sogar gebiete.

4) So aber Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 60

5) RG St 57, 63; BGH NJW 1961, 279; KMR (Sax), § 53, 5; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53 3 cc

darüber hinaus wird von der Rechtsprechung gefordert, daß dem Arzt auch die Gelegenheit zu geben ist, seine Entscheidung unbeeinflußt zu treffen. Auf seine Vernehmung darf nicht verzichtet werden, ohne daß er befragt worden ist, ob er von seinem Recht zur Zeugnisverweigerung Gebrauch machen will oder nicht ¹⁾. Diese Frage stellt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ²⁾ eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens dar und muß in der Sitzungsniederschrift vermerkt werden.

III. Der Arzt macht von seinem Recht keinen Gebrauch

Sagt der Arzt trotz seines Zeugnisverweigerungsrechts aus, so entsteht die Frage, welche Folgen sich daraus für das materielle Recht und für das jeweilige Verfahren ergeben.

Folgen für das materielle Recht

Umfangs wurde die Ansicht vertreten, daß die Aussage vor einem Gericht immer befugt im Sinne des § 300 StGB sei, weil ein prozessual erlaubtes Verhalten nicht im materiellen Recht verboten werden könne. Dadurch, daß der Arzt von einem ihm durch das Gesetz eingeräumten Recht Gebrauch mache, könne er nicht gleichzeitig eine Straftat begehen ³⁾.

Man ist es zwar durchaus möglich, daß eine prozessuale Regelung einen Rechtfertigungsgrund im materiellen Recht darstellt, z.B. dann, wenn die Schweigepflicht der Aussagepflicht weichen muß. Hat aber der Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht, braucht er seine Schweigepflicht gerade nicht zu verletzen, sondern kann die Aussage verweigern ⁴⁾. Daher handelt der Arzt nicht schon deshalb befugt im Sinne des § 300 StGB, weil er seine Schweigepflicht als Zeuge in ei-

) BGH NJW 1961, 279; zustimmend Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3 c bb; KMR (Sax), § 53, 1a

) BGH a.a.O.

) RG Z 53, 317; Frank, § 300, 2 c; Olshausen, § 300, 9; Finger, S. 367; Sauter, S. 248 ff

) Darauf wies bereits Liebmann, S. 7, hin

nem Strafverfahren verletzt ¹⁾.

Die Frage nach der "Befugnis" ist allein vom materiellen Recht her zu beantworten. Sie kann sich für den Arzt, der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht, aus dem Güterabwägungsprinzip ergeben ²⁾. Nach diesem Prinzip darf ein Rechtsgut verletzt werden, wenn es zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist. Bei dem Arzt wird es sich stets um solche Fälle handeln, in denen er durch die verbotene Offenbarung ein größeres Unheil verhüten kann, z.B. die Ansteckung anderer oder ein erneutes Verbrechen eines Triebverbrechers ³⁾. Jedoch bietet die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten, da es sich um Wertungsfragen handelt, und daraus folgt, daß die in Betracht kommenden Fälle mit oft entgegengesetzten Ergebnissen diskutiert werden. So ist es auch fraglich, ob das Reden des Arztes nach dem Güterabwägungsprinzip gerechtfertigt ist, wenn er seine Schweigepflicht bricht, um bei der Aufklärung einer Straftat zu helfen ⁴⁾.

Durch die Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechts hat der Gesetzgeber in diesem Fall die Abwägung zwischen dem durch die Schweigepflicht geschützten Rechtsgut und dem Interesse an der Wahrheitsfindung bereits vorgenommen und grundsätzlich ersterem den Vorrang gegeben, und zwar unabhängig von der Schwere der Straftat. Das hat zur Folge, daß es dann dem Arzt nicht erlaubt sein kann, entgegen der Entscheidung des Gesetzgebers das Interesse an der Aufklärung von Straftaten im Einzelfall höher einzuschätzen als seine Schweigepflicht.

Könnte der Arzt ungestraft reden, um seinen Patienten oder Dritte einer Straftat zu überführen, dürfte er sich damit

1) BGH NJW 1961, 279; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3 c cc; KMR (Sax), § 53, 4; Schmidt, LK, § 53, 25; ders., Arzt im Strafrecht, S. 57

2) BGH St 1, 366; LK (Jagusch), § 300, 5; Schönke-Schröder, § 300, III; Maurach, § 22, II B 4; Böhne-Sax, D. Landesref. S. 931 (936); Bockelmann, Schriften d. Landesverkehrswacht, Nr. 3, S. 85 (92)

3) Dazu besonders eingehend Rauschenbach, S. 188 ff

4) Über diese Frage entstand der berühmte Streit zwischen Roth, JW 1911, 130; und Ebermayer, JW 1911, 199

um "Büttel der Polizei" machen ¹⁾ und der Patient müßte befürchten, sich bei dem Arzt einer "staatlichen Kontrollstelle" gegenüber zu sehen ²⁾. Im Gegenteil darf der Arzt auch bei Verletzungen, die auf eine Straftat schließen lassen, die Geheimnisse nicht offenbaren, da sonst das Ziel der Schweigepflicht gefährdet wäre ³⁾.

Die Verletzung der Schweigepflicht bleibt daher auch dann rechtswidrig, wenn sie zur Aufklärung einer begangenen Straftat beitragen soll. Nur wenn der Arzt darüber hinaus den Schutz eines Rechtsguts bezweckt, das im Verhältnis zu seiner Schweigepflicht höher zu bewerten ist, macht er sich durch seine freiwillige Aussage nicht strafbar.

2. Folgen für das jeweilige Strafverfahren

Wenn der Arzt trotz seines Zeugnisverweigerungsrechts auf Grund einer freien, unbeeinflussten Entscheidung als Zeuge aussagt, kann er sich mit dieser Aussage nach § 300 StGB strafbar machen. Das hat aber nach herrschender Meinung nicht gleichzeitig zur Folge, daß seine Aussage in dem jeweiligen Verfahren nicht verwertet werden darf.

Dabei wird davon ausgegangen, daß die Aussage des Arztes eine "doppelfunktionelle" Handlung sei, die in zwei verschiedenen sozialen Lebensräume hineinwirke, einmal in den prozessualen und zum anderen in den materiellrechtlichen. Dieser Doppelfunktion entspreche auch eine doppelte Wertung; was

) Bockelmann, Schriften der Landesverkehrswacht, Nr. 3, 85 (108); Mittelsbach, MDR 1956, 565

) Woesner, NJW 1957, 692

) LG Köln, NJW 1959, 1598. In der nationalsozialistischen Zeit dagegen hatten Ärzte nach § 22 Abs. 3 Meldeordnung solche Patienten zu melden, deren Verletzung auf eine strafbare Handlung hindeutete, und nach Art. 12 DVO zum Erbgesundheitsgesetz außerdem jede Schwangerschaftsunterbrechung anzuzeigen. Daß die genannten Vorschriften heute nicht mehr Geltung haben, hat Eb. Schmidt, Brennende Fragen S. 19 - 26, überzeugend nachgewiesen.

innerhalb des Strafprozesses maßgebend sei, entscheide allein die Prozeßordnung, während das materielle Recht sich nicht auf das Internum des prozessualen Raums beziehe ¹⁾. Daher hänge die Frage der Verwertbarkeit eines Beweisergebnisses allein davon ab, ob das Ergebnis unter Beachtung aller prozessualen Bestimmungen gewonnen worden sei. Sofern die Aussage prozeßordnungsgemäß sei - d.h. unbeeinflußt erstattet -, bestehe prozessual kein Grund, sie in dem Verfahren nicht zu verwerten. Auch wenn der Arzt mit seiner Aussage gegen § 300 StGB verstoße, habe dieser Verstoß keinen Einfluß auf die verfahrensrechtliche Behandlung der Aussage. Die Angaben des Arztes könnten in vollem Umfang verwertet werden ²⁾.

Ein Anspruch des Angeklagten auf ein Schweigen des Arztes im Prozeß bestehe nicht ³⁾. Außerdem sei die Frage, ob der Arzt im konkreten Fall nach dem Güterabwägungsprinzip ungestraft reden dürfe, so schwierig zu beantworten, daß sie erst in einem Verfahren gegen den Arzt geklärt werden könne. Unmöglich könne daher die Verwertbarkeit der Aussage im Prozeß von der Rechtmäßigkeit der Offenbarung abhängen ⁴⁾.

Die Auffassung, daß die Aussage des Arztes unabhängig von ihrer materiellen Rechtmäßigkeit im Prozeß verwertet werden kann, ist zwar außerordentlich praktikabel, da sie dem Richter die oft schwierige Entscheidung über die Befugnis des Arztes im Sinne des § 300 StGB erspart. Daß aber der vernehmende Richter bei der Prüfung, ob der Arzt auch im konkreten Fall ohne Verstoß gegen § 300 StGB aussagen darf, auf Schwierigkeiten stoßen mag, kann noch nicht die Verwert-

1) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 54 ff; Bohne-Sax, Deutsche Landesreferate, S. 931 (942)

2) RG St 57, 63; RG St 48, 269; BGH St 9, 59; BGH NJW 1961, 279; Dreher-Maassen, § 300, 5; KMR (Sax), § 53, 4; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 1; Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I, § 53, 2; Bohne-Sax, a.a.O.

3) RG St 48, 263; RG JW 1937, 629; BGH St 9, 59; BGH NJW 1961, 279

4) Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I, § 53, 2

keit der Aussage ohne Rücksicht auf ihre materielle Recht-
gkeit zur Folge haben. Praktikabilitätsabwägungen können
nt die Rechtfertigung für eine bestimmte Lösung einer
ge bieten.

glich ist, ob die weiteren Erwägungen die Unabhängig-
t der Aussage rechtfertigen.

utig ist zwar, daß sich prozessuale und materiellrecht-
ae Normen auf "verschiedene soziale Lebensräume" bezie-
aber damit ist nicht gleichzeitig jede Wechselwirkung
geschlossen. Es ist sogar bereits auf eine solche Wechsel-
ung Bezug genommen worden; denn wo im Prozeß die Aussa-
pflicht nicht der Schweigepflicht weichen muß, die Schwe-
pflicht also kein Zeugnisverweigerungsrecht nach sich zieht,
die prozessuale Pflicht die materiellrechtliche Ver-
achtung zur Verschwiegenheit auf. Der doppelten Funktion
Handlung entspricht daher nicht stets eine doppelte
ung.

die doppelte Wertung, wie sie von der herrschenden Mei-
vorgenommen wird, gleichzeitig zu einer "doppelten Mo-
im Prozeß führt, läßt sich kaum bestreiten. Einerseits
der Richter die Aussage, deren Unvereinbarkeit mit dem
riellen Recht offensichtlich sein mag, entgegennehmen
bei der Urteilsfällung verwerten, andererseits aber muß
gemäß § 183 Abs. 1 GVG den Tatbestand der vom Arzt be-
enen strafbaren Handlung feststellen, sofern der anwe-
e Antragsberechtigte den Strafantrag gestellt hat, und
Staatsanwaltschaft das darüber aufgenommene Protokoll
silen ¹⁾.

der Vernehmung des nach § 300 StGB schweigepflichtigen
es muß der Richter unter Umständen eine Straftat des
en ermöglichen und fördern. Dieses Verhalten des Rich-
erscheint deshalb besonders unverständlich und wider-
hlich, weil das Strafverfahren, in dem es zu dem Ver-

stoß gegen § 300 StGB kommt, gerade dazu dient, eine Straftat aufzuklären und den Täter gegebenenfalls dem materiellen Strafrecht entsprechend zu bestrafen. Das Strafverfahrensrecht bezweckt letzten Endes die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit; dieser Aufgabe kann es schwerlich gerecht werden, wenn es dabei offensichtliche Rechtsbrüche zuläßt und aus ihnen Nutzen zieht. Mit Recht wird betont, hier müsse bereits jeder Verdacht vermieden werden, daß unter Umständen strafbare Verletzungen der Schweigepflicht gefördert werden ¹⁾.

Die herrschende Meinung, die die Verwertung der Aussage im Prozeß unabhängig von ihrer materiellrechtlichen Rechtmäßigkeit zuläßt, stützt sich auf die Vorschrift des § 53 Abs. 1 StPO, mit der den dort genannten Zeugen das Recht zur Zeugnisverweigerung gegeben wird. Aus dem Wortlaut wird der Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber damit Berufsangehörigen, die ethisch stark gebundenen Berufskreisen angehören, die freie Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage ermöglichen wollte ²⁾ und sowohl das eine als auch das andere Verhalten prozeßordnungsgemäß sei.

Daß in § 53 Abs. 1 StPO ein Recht zur Zeugnisverweigerung vorgesehen und keine Pflicht statuiert ist, hat aber eine ganz andere Ursache.

Zeugnisverweigerungsrechte - zunächst für Angehörige - wurden etwa zu Beginn des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß der Aufklärung und des Liberalismus gefordert ³⁾. Dem liberalen Denken dieses Jahrhunderts entsprach es, Rechte des einzelnen gegenüber der Macht des Staates durchzusetzen. Der allgemeinen Aussagepflicht wurde daher ein Recht für die einzelnen zur Verweigerung des Zeugnisses entgegengesetzt ⁴⁾. Hinzu kam der noch mitklingende Gedanke an die Unglaubwürdigkeit

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 383 V

2) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 59

3) Eb. Schmidt, JZ 1958, 596; Karitzky, S. 48; vgl. S.

4) Karitzky, S. 52

eser Zeugengruppen. Man ging davon aus, daß sie bei einer freien Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage eher die Wahrheit sagen würden ¹⁾. Für ein Aussageverbot und damit für einen vollständigen Verzicht besonders auf die Angehörigen als Zeugen bestand daher keine Notwendigkeit. Die einmal gewählte Formulierung wurde beibehalten, als danach auch andere Zeugengruppen von der Aussagepflicht befreit wurden. Zwar wurde gerade bei der Beratung über das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte gerügt, daß es sich nach dem gestellten Antrag um ein Recht und keine Pflicht zur Zeugnisverweigerung handelte ²⁾. Aber da bereits die Frage, ob die Ärzte überhaupt von der allgemeinen Aussagepflicht ausgenommen werden sollten oder nicht, stark umstritten war, unterblieb vermutlich eine Berücksichtigung auch dieses weiteren Problems.

Man bestimmten Zeugen in der Strafprozeßordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt worden ist, so soll damit lediglich die Ausnahme gegenüber der Aussagepflicht betont werden. Ob der Zeuge dennoch reden darf oder aber schweigen muß, bestimmt nicht die Prozeßordnung, sondern das materielle Recht. Ergibt sich aus materiellrechtlichen Vorschriften eine Schweigepflicht, so gilt sie auch im Strafverfahren und richtet nicht etwa vor dem "Internum des prozessualen Raums". Wenn die Offenbarung der Geheimnisse durch den Arzt rechtmäßig ist, so bedeutet das, daß die Geheimnisoffenbarung auch in der Form der Mitteilung an den Richter verboten ist ³⁾. Unter Annahme, die Prozeßordnung räume dem Zeugen die freie Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage ein, kann daher nicht gefolgt werden; die Prozeßordnung könnte das gar nicht tun, ohne das materielle Recht zu negieren.

) Karitzky, a.a.O.

) Hahn, Materialien, S. 1736

) Lenckner, NJW 1965, 321 (326)

Entsprechend wird in § 383 Abs. 3 ZPO dem Richter auch untersagt, die Vernehmung auf Tatsachen zu richten, über die ohne Verletzung der Pflicht zur Verschwiegenheit kein Zeugnis abgelegt werden kann. Wenn diese Vorschrift von der herrschenden Meinung nur als *lex imperfecta* angesehen wird ¹⁾, um dennoch zu der Entscheidungsfreiheit der Zeugen zu gelangen und die trotzdem erfolgte Aussage verwerten zu können, so wird damit der Zweck der Bestimmung verkannt; sie dient gerade dazu, trotz des "Rechts" zur Zeugnisverweigerung das materiellrechtliche Schweigegebot auch im Prozeß zu wahren.

Der Strafprozeßordnung ist im übrigen ein Aussageverbot nicht fremd. Nach § 54 StPO in Verbindung mit den entsprechenden Vorschriften der Beamtengesetze dürfen Beamte ohne Genehmigung ihrer Behörde über Umstände, auf die sich ihre Verschwiegenheitspflicht bezieht, nicht aussagen. Auch hier wird im Interesse des durch die materiellrechtliche Schweigespflicht geschützten Rechtsguts auf die Aussage der Zeugen verzichtet ²⁾. Ebenso muß auch die ärztliche Schweigepflicht eine Wirkung auf den Strafprozeß ausüben. Im Interesse des allgemeinen Vertrauens in die Ärzteschaft muß auf die Aussage der Ärzte verzichtet werden, wenn ihre materiellrechtliche Schweigepflicht im konkreten Fall die Offenbarung der anvertrauten Tatsachen verbietet ³⁾.

III. Entbindung von der Schweigepflicht

1. Aussagepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO

In § 53 Abs. 2 StPO wird bestimmt, daß die Ärzte das Zeugnis nicht verweigern dürfen, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind. Mit der Entbindungserklärung entfällt also ihr Zeugnisverweigerungsrecht, und sie haben

1) Wieczorek, § 383, D II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 383, V

2) Auf diese Parallele weist Lenckner, a.a.O., hin

3) Lenckner, NJW 1965, 321 (326f); im Ergebnis ebenso
/ Giesker, S. 110 ff

selben Pflichten wie jeder andere Zeuge auch.

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß ein Zeugnisverweigerungsrecht dann nicht mehr erforderlich ist, wenn die Ärzte von der Schweigepflicht durch den jeweils Berechtigten befreit werden. Auch wenn die Ärzte in diesem Fall zur Aussage und damit zur Offenbarung der anvertrauten Geheimnisse verpflichtet sind, hielt der Gesetzgeber dadurch das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft für nicht gefährdet.

Die Annahme des Gesetzgebers ist nur dann richtig, wenn die Stärkung des allgemeinen Vertrauens in die Ärzteschaft durch ein Schweigen der Ärzte schlechthin erforderlich ist, wenn es ausreicht, daß der Arzt die ihm anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen nicht gegen den Willen des Betroffenen offenbart.

Der Begriff "allgemeines Vertrauen" ist abstrakt. Er erhält seine Inhaltsbestimmung aus dem Vertrauen jedes einzelnen Patienten zum Arzt. Um festzustellen, wieweit die Schweigepflicht der Ärzte reichen muß, ist daher von den Erwartungen und Bedürfnissen hinsichtlich der Verschwiegenheit eines Durchschnittspatienten auszugehen, die ein Durchschnittspatient hat.

Der Patient wird sich nur dann mit dem für die geordnete Behandlung erforderlichen Vertrauen an einen approbierten Arzt wenden, wenn er gewiß sein kann, daß der Arzt gegen seinen Willen die Schweigepflicht nicht brechen wird. Der Berechtigte erwartet also, daß der Arzt über alles, was er von ihm und über ihn erfahren hat, so lange schweigt, wie er - der Partner des jeweiligen Vertrauensverhältnisses - es will. Er erwartet aber ebenso, daß das ist hier das Entscheidende -, daß der Arzt spricht, wenn er es erlaubt, ja sogar wünscht.

Der Patient erbittet ein Patient eine Bescheinigung zur Vorlage bei einem Dritten, z.B. die Krank- bzw. die Gesundheitsbescheinigung, der Besuch bei einem Arzt dient einer auf der Untersuchung basierenden Auskunft an eine Behörde. Ebenso mag ein Patient die Aussage des Arztes in einem Zivil-, Sozial-, Ar-

beits- oder Strafverfahren wünschen.

Ein Schweigegebot für Ärzte, das den Wunsch des Berechtigten im Einzelfall außer acht läßt, würde daher die ärztliche Aufgabe nicht fördern, sondern ihr eher schaden, da der Anvertrauende an dem Reden des Arztes gerade ein Interesse haben kann. Bei der Schweigepflicht der Ärzte muß auf den Willen des einzelnen Rücksicht genommen werden, und sie muß enden, wenn und soweit der Berechtigte es will.

Zur Stärkung des allgemeinen Vertrauens in die Ärzteschaft ist nur erforderlich, den Ärzten die Offenbarung der anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse zu verbieten, solange der Berechtigte es wünscht. Hat dieser den Arzt von der Schweigepflicht befreit, wird das allgemeine Vertrauen durch die Offenbarung nicht mehr verletzt ¹⁾. Zu seinem Schutz ist dann auch eine Ausnahme von der Zeugnispflicht im Strafverfahren nicht mehr erforderlich ²⁾ und das Zeugnisverweigerungsrecht muß entfallen, wie § 53 Abs. 2 StPO es bestimmt.

Dennoch wird die Forderung erhoben, die Regelung des § 53 Abs. 2 StPO zu reformieren, nämlich den Ärzten generell auch dann die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage zu überlassen, wenn sie von der Schweigepflicht befreit sind ³⁾. Eb. Schmidt ⁴⁾ hält in diesem Zusammenhang die Aargauische Strafprozeßordnung vom 11. 11. 1958 für vorbildlich, die den Ärzten stets - auch im Falle der Befreiung von der Schweigepflicht - das Zeugnisverweigerungsrecht gibt.

Bei der Forderung wird jedoch nicht berücksichtigt, daß die allgemeine Zeugnis- und Aussagepflicht, die zwar in erster Linie im Interesse einer möglichst umfassenden Aufklärung von Straftaten geschaffen worden ist, auch ein Instrument zugun-

1) Eb. Schmidt, Die med. Welt 1951, 430; ders., NJW 1962, 1745 (1748); Liebmann, S. 42; Deschl, S. 36; Flor, JR 53, 368; Bockelmann, S. 95

2) Eb. Schmidt, Die med. Welt 1951, 435

3) Eb. Schmidt, NJW 1962, 1745 (1747); Kaufmann, DNO 1958, 189 (196); ders., NJW 1958, 272; Göppinger, AM 1958, 1326; Frey, S. 47; Russek, S. 112

4) NJW 1962, 1745 (1747)

des Angeklagten ist. Seine Verteidigung wäre ungebührlich erschwert und beschränkt, wenn sich der Arzt als Zeuge ein Zeugnisverweigerungsrecht stützen könnte, das der Patient nicht haben will und das durch das hochwertige Interesse an der Aufrechterhaltung des allgemeinen Vertrauens in die Ärzteschaft nicht gerechtfertigt ist ¹⁾.

Die Argumentation, daß der Arzt es am besten übersehen könne, ob die Aussage Nutzen oder Schaden bringen werde für die Wahrheitsermittlung unerläßlich sei, und daß er in einem möglichen Konflikt zwischen verschiedenen Interessen zutreffend beurteilen könne, also am besten wisse, was ausgesagt werden müsse ²⁾, bestehen in dieser Meinungseinheit erhebliche Bedenken.

Wenn ein Zeuge genau überblicken kann, daß seine Aussage der Wahrheitsermittlung nicht förderlich und daher im Grunde völlig überflüssig ist - das gilt nicht nur für den Arzt als Zeugen -, ist er dennoch nicht berechtigt, die Aussage zu verweigern. Denn die Entscheidung, ob eine Aussage zu erbringen vermag oder nicht, steht allein dem Gericht zu.

Es kommt, daß der Arzt überfordert wäre, wenn er nach einer Bindung von der Verschwiegenheitspflicht vor jeder Aussage selbständig prüfen und entscheiden müßte, ob seine Aussage dem Patienten Schaden oder Nutzen bringen oder der Wahrheitsermittlung dienen. Dürfte er auch nach der Befreiung von der Schweigepflicht, also gegen den Willen des Betroffenen sein Zeugnis verweigern, könnte das zu einer von Kohlmann ³⁾ angedeuteten Konsequenz führen: Ein Arzt, der gegen den ausdrücklichen Wunsch desjenigen, der das Prozeßrisiko trägt, nicht aussagt, weil er von der nachteiligen Wirkung seiner Aussage - irrtümlich, schuldhaft - überzeugt ist, könnte deshalb verlorenen Prozeß, das gilt in erster Linie im Zivilverfahren, schadensersatzpflichtig gemacht werden.

¹⁾ vgl. auch Rauschenbach, S. 188

²⁾ Mufmann, a.a.O.; Frey, a.a.O.; Russek, a.a.O., Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 239

³⁾ berl. Ärzteblatt 1960, 469

Wenn Arthur Kaufmann ¹⁾ auf einen Konflikt verschiedener Interessen hinweist, den nur der Arzt überblicken kann, so meint er, wie aus seinen vorangehenden Ausführungen zu folgern ist, allerdings nicht einen Nutzen bzw. Schaden im Prozeß. Er steht auf dem Standpunkt, daß auch die Zeugnispflicht unter dem Gesichtspunkt der Güter- und Pflichtenabwägung zu sehen ist und daher eine Aussage dann nicht verlangt werden kann, wenn diese einen erheblichen Nachteil für den Patienten oder Dritte mit sich bringt.

Ob dieser Ansicht zu folgen ist, braucht in diesem Zusammenhang aber nicht erörtert zu werden. Selbst wenn man dem Arzt zugesteht, auch als Zeuge trotz seiner Befreiung von der Schweigepflicht ein Geheimnis aus "schwerwiegenden medizinischen oder allgemein menschlichen Gründen" nicht offenbaren zu müssen, so kann damit keine generelle Entscheidungsfreiheit der Ärzte über Aussage oder Nichtaussage nach der Entscheidung begründet und die Forderung nach einer Änderung des § 53 Abs. 2 StPO erhoben werden ²⁾. Denn es handelt sich bei dem genannten Problem um eine Ausnahmesituation, in die jeder Zeuge, nicht nur ein Arzt, geraten kann. Ein Einzelfall, in dem die Aussagepflicht eventuell einen größeren Schaden für den Angeklagten, die Parteien oder Dritte verursachen kann, rechtfertigt nicht ein Zeugnisverweigerungsrecht, das die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage generell dem Zeugen überläßt. Wie bereits ausgeführt, ist eine Durchbrechung der allgemeinen Zeugnispflicht durch Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts nur gerechtfertigt, wenn stets - nicht nur im Ausnahmefall - eine Interessenkollision besteht und diese sachgerecht nur durch ein Zurückstehen des Aufklärungsinteresses gelöst werden kann.

Um die generelle Entscheidungsfreiheit der Ärzte zu rechtfertigen, zieht Arthur Kaufmann ³⁾ folgenden Umkehrschluß: Da der Arzt gegen den Willen des Patienten auf Grund eines übergesetz-

1) DNO 1958, 185 (196) und NJW 1958, 272

2) So aber Kaufmann, DNO 1958, S. 195; ders., NJW 1958, 272

3) DNO 1958, 193

lichen Notstandes - materiellrechtlich gesehen - reden dürfte, dürfe er ebenso gegen den Willen des Patienten aus schwerwiegenden Gründen im Prozeß schweigen.

Dieser Umkehrschluß gibt für die generelle Entscheidungsfreiheit des Arztes über Aussage oder Nichtaussage auch im Falle seiner Entbindung von der Schweigepflicht aber gerade keine Rechtfertigung. Er zeigt vielmehr, daß die Aussagepflicht des § 53 Abs. 2 StPO grundsätzlich bestehen bleiben muß, selbst wenn der Arzt im Einzelfall tatsächlich aus schwerwiegenden Gründen gegen den Willen des einzelnen schweigen darf, was hier nicht näher geprüft werden soll.

Selbst wenn ebenso, wie die Berechtigung zum Reden im Einzelfall gegen den Willen des Betroffenen die generelle Schweigepflicht unberührt läßt, kann die - hier unterstellte - Berechtigung zum Schweigen gegen den Willen des Betroffenen im Einzelfall keinen Einfluß auf die generelle Aussagepflicht haben.

Die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage allein dem Arzt auch im Falle seiner Befreiung von der Schweigepflicht zu überlassen, wäre nach alledem unberechtigt. Diese Freiheit des Arztes würde die Verteidigungsmöglichkeit des Angeklagten ungebührlich beschränken, sie würde dem Wesen des Arzt-Patient-Verhältnisses widersprechen und die wichtige Zeugnispflicht einschränken, ohne daß es ein höheres Interesse erfordert.

Dem Arzt würde eine untragbare Verantwortung aufgebürdet werden ¹⁾, wenn er den Willen des Patienten nicht zu beachten hätte, sondern alleinverantwortlich entscheiden müßte, ob er im Einzelfall gegen den Wunsch des Betroffenen sein Zeugnis verweigert.

Nur durch die Aussagepflicht der Ärzte nach der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, wie es in § 53 Abs. 2 StPO bestimmt ist, wird der Patient auch vor dem "unsorgfältigen, sowie dem selbstherrlichen Arzt" ²⁾ ausreichend geschützt.

) Engisch, ZStW 58, 1 (31)

) Grünwald, Arzt im Recht, S. 125 (127)

2. Uneingeschränkte Aussagepflicht?

Mit der Feststellung, daß der Arzt nach der Befreiung von seiner Schweigepflicht gemäß § 53 Abs. 2 StPO aussagepflichtig wird, ist noch nichts darüber gesagt, ob sich die Aussagepflicht auf alles erstreckt, was der Arzt zu dem betreffenden Beweispunkt über den Patienten weiß.

Zunächst ist die Möglichkeit offen, eine beschränkte Einwilligung zur Aussage zu erteilen, die nur bestimmte Beweispunkte umfaßt. In diesem Fall wird der Arzt auch nur in dem beschränkten Umfang aussagepflichtig; im übrigen bleibt das Zeugnisverweigerungsrecht bestehen¹⁾. Die Wirksamkeit einer Teilentbindung von der Schweigepflicht folgt aus dem oben aufgezeigten notwendigen Umfang des Schweigegebots. Da der Wille des einzelnen Berechtigten generell für den Umfang der Schweigepflicht maßgebend ist, muß sein Wille auch dann beachtet werden, wenn er nur eine teilweise Offenbarung, im übrigen aber ein Festhalten an der Schweigepflicht wünscht.

Ist die Entbindung von der Schweigepflicht ohne Einschränkungen erfolgt, so gilt nach dem Wortlaut des § 53 Abs. 2 StPO auch die Aussagepflicht ohne Einschränkung. Während deshalb überwiegend die Ansicht vertreten wird, daß der Arzt dann wie jeder andere Zeuge aussagen müsse, also ohne Rücksicht darauf, ob dem Patienten der Inhalt der Aussage bekannt ist²⁾, wird andererseits diese umfassende Aussagepflicht hart bekämpft³⁾. Als Begründung wird darauf hingewiesen, daß der Arzt in manchen Fällen viel mehr Tatsachen über den Patienten erfahren habe, als dieser glaube, und daß der Arzt eventuell dem Pa-

1) Schwarz-Kleinknecht, § 53 11 c

2) OLG Hamburg, NJW 62, 689; OLG Nürnberg, NJW 58, 272; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3c cc; KMR (Sax), § 53, 2b; Dreher-Maassen, § 300, 5g; Russek, S. 111; Kohlhaas, Berl. Arztebl. 1960, 496; ders. GA 1958, 65; ders. DAR 1957, 345; ders., NJW 64, 1162; Stern, AM 1956, 470; Rahn, AM 1955, 187; Bosch, S. 82

3) Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11 B; Eb. Schmidt, DMW 1954, 1649; Ders., Der med. Sachverst., 1961, 242; ders., Pon-sold's Lehrb. S. 32; Kaufmann, DNO 58, 189; ders., NJW 58, 272; Göppinger, NJW 58, 241 u. 279

patienten bewußt etwas - z.B. den Krebsbefund - verschwiegen habe, was durch die unbeschränkte Aussagepflicht nunmehr bekanntwerden und erheblichen Schaden anrichten könne. Gerade diese letzte Konsequenz der Zeugnispflicht des Arztes veranlaßte Eb. Schmidt ¹⁾ zu dem Satz, der Gesetzgeber könne eine solche umfassende Aussagepflicht nicht gewollt haben, "wenn er nicht von allen guten Geistern verlassen" gewesen sei.

a) Fehlende Kenntnis des Einwilligenden von dem Inhalt der Aussage

Die Behauptung, daß der Arzt in manchen Fällen mehr über den Patienten erfahren habe, als dieser bei der Entbindung von der Schweigepflicht wisse, und der Patient bei einer uneingeschränkten Einwilligung zur Aussage nicht daran denke, bzw. nicht übersehe, welche Dinge der Arzt damit aussagen müsse, ist nicht zu bestreiten. Göppinger ²⁾ gibt eine detaillierte Aufstellung über alle Möglichkeiten, in denen der Arzt Tatsachen weiß, an die der Patient bei der Entbindung nicht denkt oder nicht denken kann. Einmal mögen die Geheimnisse dem Patienten selbst zwar bekannt sein, aber er mag nicht wissen, daß der Arzt sie kennt, so z.B. wenn der Arzt sie von dritten Personen erfahren hat oder selbst aus Umständen, die in- oder außerhalb der Person des Patienten liegen, erkannt hat. Zum anderen kann es sich um Geheimnisse handeln, die nicht der Patient, sondern nur der Arzt kennt, sei es, daß letzterer sie von Dritten erfahren, sei es, daß er sie wieder selbst erkannt hat. In den Kreis der Dinge, an die der Patient bei der Entbindung von der Schweigepflicht nicht denkt oder mangels Kenntnis nicht denken kann, gehört jede Diagnose, die ihm verschwiegen wurde, und gehören sonstige medizinische Einzelheiten, die ihm zwar mitgeteilt wurden, die er aber infolge fehlender Sachkenntnis nicht behalten oder nicht verstanden hat.

1) Eb. Schmidt, DMW, 1954, 1649

2) Göppinger, NJW 58, 241 (242 ff)

Diese unbestreitbare Tatsache nehmen Kaufmann und Göppinger ¹⁾ zum Anlaß, die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht auch immer nur soweit für wirksam zu halten, wie der Patient den Inhalt der Aussage übersehen kann. Sie übertragen auf die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO die Wirksamkeitsvoraussetzungen, die für die materiell rechtfertigende Einwilligung in die Verletzung eines dem Einwilligenden gehörenden Rechtsguts aufgestellt worden sind. Diese Einwilligung, z.B. in die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums, kann nur dann wirksam erteilt werden, wenn der Einwilligende die Sachlage genau übersieht und die Tragweite seiner Einwilligung erkennt ²⁾.

Kaufmann und Göppinger folgern daraus, daß die Befreiung von der Schweigepflicht des § 53 Abs. 2 StPO sich ebenfalls nur auf solche Geheimnisse erstrecken kann, an die der Patient denkt oder denken kann. Wisse er nicht, was der Arzt aussagen werde, sei seine Einwilligung insoweit unwirksam und es entstehe keine Aussagepflicht.

Da nur der Arzt übersehen kann, ob die uneingeschränkte Entbindung von der Schweigepflicht auch alle ihm bekannten Geheimnisse betrifft, hat damit er im Ergebnis wieder die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage selbständig zu fällen.

Ob die für die Einwilligung geltenden Grundsätze auf die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO übertragen werden können, ist fraglich. Die Gleichbehandlung der beiden Erklärungen erscheint deshalb schon zweifelhaft, weil die rechtfertigende Einwilligung, z.B. in die Verletzung des Eigentums, im materiellen Strafrecht Bedeutung hat, es hier jedoch lediglich auf die prozessuale Wirkung einer Handlung ankommt.

Die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO, die die Aussagepflicht des Arztes zur Folge hat, ist nach

1) Kaufmann, DNO 1958, 189 (194); ders., NJW 1958, 272; Göppinger, NJW 1958, 241 (243); ders., NJW 1958, 278; ebenso unter Berufung auf Kaufmann und Göppinger: Schwarz-Klein-knecht, § 97, 6 A u. § 53, 11 B; Bewer, JR 1956, 11
.. Schönke-Schröder, vor § 51 III 6 b

herrschender Meinung eine Prozeßhandlung ¹⁾. Die Wirksamkeit von Prozeßhandlungen wird grundsätzlich durch Willensmängel nicht beeinflußt. Selbst wenn ein Tatbestand vorliegt, der nach materiellem Recht die Nichtigkeit der Erklärung oder deren Anfechtbarkeit nach §§ 119 oder 123 BGB zur Folge hätte, ist das für die Prozeßhandlung ohne Bedeutung ²⁾. Daraus ist zu schließen, daß dann auch die Kenntnis des Inhalts der Aussage für die Wirksamkeit der Entbindung von der Schweigepflicht - einer Prozeßhandlung - nicht erforderlich ist, da die fehlende Kenntnis nicht anders behandelt werden kann als der Irrtum.

Daß die Entbindung von der Schweigepflicht nicht an dieselben Wirksamkeitsvoraussetzungen gebunden sein kann wie die rechtfertigende Einwilligung des materiellen Rechts, bestätigt ein Vergleich der Situationen, in denen die Erklärungen aktuell werden.

Materiell ist die Einwilligung nur dann von Bedeutung, auf ihr Vorliegen kommt es erst dann an, wenn eine Straftat begangen bzw. versucht worden ist. Die Handlung, auf die sich die Einwilligung bezieht, liegt also erst einmal vor, ehe die Frage aufgeworfen wird, ob der Einwilligende den Umfang und die Tragweite seiner Zustimmung zu dieser Handlung erkannt hatte. Bei dieser Situation unterliegt damit die Frage, ob die Einwilligung mit vollem Verständnis der Sachlage erteilt, also wirksam war, einer gerichtlichen Kontrolle.

Beruft sich der Arzt dagegen auf die fehlende Einsicht des Patienten in die Tragweite der Entbindung von der Schweigepflicht, um damit seine Zeugnisverweigerung zu begründen - wie Kaufmann und Göppinger es ihm zugestehen wollen -, so wird die Handlung, auf die sich die Entbindung beziehen sollte, nämlich die Aussage, gar nicht existent. Es fehlt damit jede Möglich-

-
- 1) Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11; Baumbach-Lauterbach, § 385, 2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 385; Peters, Gutachten, S. 125
- 2) Schwarz-Kleinknecht, Einl. 4 E; Baumbach-Lauterbach, vor § 128, 5 E; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128 V 4

keit zur objektiven Feststellung, ob der Einwilligende nun wirklich die Bedeutung seiner Entbindung verkannt hatte oder nicht; der Arzt dürfte und müßte in alleiniger Verantwortung feststellen, ob die Entbindung durch den Berechtigten wirksam oder unwirksam ist.

Selbst wenn man den Optimismus Arthur Kaufmanns ¹⁾ teilen könnte, daß jeder Arzt so verantwortungsbewußt und gewissenhaft ist, diese Entscheidung unter Zugrundelegung der Prinzipien der christlichen Ethik und der anerkannten Standespflichten zu treffen, so darf man doch nicht außer acht lassen, daß die Frage, ob die Einwilligung bzw. die Entbindung von der Schweigepflicht wirksam erteilt worden ist, eine Rechtsfrage ist, über die allein das Gericht zu entscheiden hat.²⁾

Würden die gleichen Grundsätze für die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Einwilligung und der prozessualen Entbindung von der Schweigepflicht gelten, so wäre einmal die Entscheidung dieser Rechtsfrage durch die Gerichte zu treffen, während in dem anderen Fall die Entscheidung derselben Rechtsfrage systemwidrig ³⁾ dem Gericht entzogen und endgültig dem Arzt übertragen wäre.

Die Prozeßhandlung der Befreiung von der Schweigepflicht kann danach also nicht nur dann wirksam sein, wenn der Berechtigte den Inhalt der Aussage kennt. Die Aussagepflicht nach § 53 Abs. 2 StPO muß eintreten, selbst wenn der jeweilige Partner des Vertrauensverhältnisses sich bei der Entbindung von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit über deren Tragweite geirrt hatte.

Damit besteht zwar die Möglichkeit, daß der Arzt etwas anderes oder mehr aussagt, als der Angeklagte bei der Befreiung von der Schweigepflicht erwartet hatte, das hindert die Wirksamkeit der Entbindung jedoch nicht. Denn wie bereits ausge-

1) DNO 1958, 189 (195)

2) BDH NJW 60, 550; zustimmend Bewer, Berl. Ärztebl. 1960, 405; Bosch, S. 86 und 92; Sauter, S. 104; Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband, § 53, 6; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53, 3 c bb

3) Bosch, S. 92: man würde grundlegende Vorstellungen über die Aufgaben der staatlichen Rechtspflege negieren.

führt ¹⁾, bezweckt das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte nicht den Schutz des Angeklagten vor ihm nachteiligen Aussagen, es will nicht den Geheimnisberechtigten vor irgendeinem Schaden bewahren, sondern lediglich das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft stärken. Dieses hinter dem Zeugnisverweigerungsrecht stehende soziale Interesse ist aber zugleich mit der Entbindung im konkreten Fall entfallen und kann durch die nachfolgende Aussage des Arztes, unabhängig von ihrem Inhalt, nicht mehr beeinträchtigt werden. Ein Schutzbedürfnis des Angeklagten vor ihm nachteiligen Aussagen des Arztes mag zwar - wenn der Berechtigte bei der Entbindung unbewußt gegen seine Interessen gehandelt hat - weiterhin bestehen, wie Arthur Kaufmann ²⁾ annimmt. Aber auf dieses Schutzbedürfnis kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da das Zeugnisverweigerungsrecht ihm nicht dienen soll, einen Schaden des Angeklagten im Einzelfall gar nicht verhindern will.

Daraus, daß die Entbindung von der Schweigepflicht auch bei einem Irrtum oder bei Unkenntnis der Berechtigten wirksam ist, den Schluß zu ziehen, das Recht biete seinen Schutz nur den "Klugen und Wachsamem" ³⁾, ist verfehlt, da das hier in Frage stehende Recht der Zeugnisverweigerung weder - um bei der Terminologie zu bleiben - dem "Klugen und Wachsamem" noch dem "Dummen" seinen Schutz bieten soll.

Zuzugeben ist allerdings, daß damit die unbeschränkte Entbindung von der Schweigepflicht ein gewisses Risiko bedeutet, weil der Arzt eventuell mehr und anderes als Zeuge bekunden kann, als der Angeklagte vermutet. Dieses Risiko, das außerdem bei jeder Benennung eines Zeugen - sei es im Zivil-, sei es im Strafprozeß - gleich groß ist, muß derjenige, der freiwillig die Aussage eines bestimmten Zeugen entweder durch Benennung oder durch die Entbindung von der Schweigepflicht ermöglicht, eben tragen; und gerade das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes ist seinem Sinn nach nicht dazu bestimmt, dieses

¹⁾ S. 26 f.

²⁾ DNO 1958, 189 (191)

³⁾ Kaufmann, DNO 1958, 189, 191

allgemeine Risiko zu verringern.

Im übrigen steht es jeder Partei bzw. dem Angeklagten frei, sich durch vorherige Rücksprache mit dem Zeugen - das gilt auch für den Arzt als Zeugen - zu vergewissern, was dieser etwa bekunden kann, und damit das Risiko völlig auszuschließen oder zumindest überschaubar zu machen. Daß grundsätzlich der "Kluge und Wachsame" seine Chancen besser abzuschätzen weiß und das Risiko eher übersieht als der "Dumme", ist richtig. Aber diese Tatsache rechtfertigt nicht, die Interessen der "Dummen" durch eine gesetzliche Regelung zu wahren, die den Interessen der "Klugen" zuwiderläuft. Denn bei der Lösung Kaufmanns, zum Schutz der "Dummen" dem Arzt die Entscheidungsfreiheit über Aussage oder Nichtaussage zu überlassen, werden die Interessen der "Klugen" nicht berücksichtigt, die das Risiko der Aussage - eventuell entgegen der Annahme des Arztes - richtig übersehen und das Zeugnis des Arztes dennoch wünschen.

Ein gewisser Schutz vor Folgen einer ungewollten Aussage besteht darüber hinaus auch im Prozeßrecht; denn der Geheimnisberechtigte kann seine einmal erteilte Entbindung einschränken bzw. widerrufen ¹⁾. Hierin ist eine Möglichkeit gegeben, auch bei einer Prozeßhandlung Willensmängel in gewisser Weise zu berücksichtigen ²⁾.

Daß die volle Aussagepflicht auch bei mangelnder Kenntnis des Patienten von dem Inhalt der Aussage zu bejahen ist, betrifft lediglich die Zeugenstellung des Arztes. Ob er aber ohne weiteres der Aussagepflicht dem Gericht gegenüber nachkommen darf, ohne sein Verhältnis zum Patienten zu verletzen - wenn er dessen fehlende Übersicht erkennt -, ist fraglich. Das richtet sich nach dem schuldrechtlichen Innenverhältnis zwischen Arzt und Patienten.

Welche Verpflichtungen neben der Hauptpflicht zur Heilbehandlung sich aus diesen Beziehungen ergeben, soll hier nicht näher

1) RG St 57, 63; OLG Nürnberg, NJW 1958, 272; OLG Hamburg, NJW 1962, 689; Eb. Schmidt, Lehrk., § 53, 11 C; KMR (Sax), § 53, 2 b

2) Schwarz-Kleinknecht, Einl. 4 E; Baumbach-Lauterbach, vor § 128; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, vor § 128

örtert werden. Da Arzt und Patienten ein besonderes Vertrauensverhältnis verbindet, gilt hier der allgemeine Grundsatz des § 242 BGB, der über die eigentlichen Vertragspflichten hinaus Nebenrechte und Nebenverpflichtungen schafft, in besonderem Maße. Diese können in Schutzpflichten, Auskunfts- und Hinweispflichten bestehen ¹⁾. Für die vorliegende Frage kann daraus eine Aufklärungs- und Hinweispflicht des Arztes abgeleitet werden, die ihm gebietet, dem Patienten die Tragweite seiner Entbindung zu zeigen ²⁾. Wie diese Aufklärung zu erfolgen hat, wird sich aus der jeweiligen Situation ergeben. Es kann sich um einen globalen Hinweis handeln, daß der Arzt mehr sagen müßte, als der Patient wisse, oder es kann eine detaillierte Aufklärung über die Aussage erforderlich und möglich sein.

Bei einem solchen Hinweis auf die Reichweite der Entbindung hat der Arzt seine Pflichten aus dem schuldrechtlichen Verhältnis erfüllt. Wenn der Patient trotz der gewährten Aufklärung bzw. Warnung bei der unbeschränkten Entbindung bleibt, kann der Arzt aussagen, und er kann es, ohne sich einer Verletzung des Grundverhältnisses schuldig zu machen.

Schädigende Wirkung der Aussage

Wird trotz alledem die Unkenntnis des Patienten von dem Inhalt der ärztlichen Aussage keine Beschränkung der Aussagepflicht mit sich, so bleibt die aufgezeigte Gefahr einer für den Patienten schädlichen Aussage bestehen, vor der besonders eindringlich Eb. Schmidt ³⁾ gewarnt hat. Während dabei übergehend - besonders von ärztlicher Seite - an einen gesund-

Palandt, § 242, 4 b

Für eine Aufklärung nach unbeschränkter Entbindung auch Kohlhaas, Berl. Ärzteblatt 1960, 469 (473); ders. in JR 1958, 328; ders. in NJW 64, 1162 (1164); Becker, Die Med. 1953, 1470; Ehrhardt u. Villinger, S. 200; Russek, S. 111; der diese Pflicht allerdings nicht als rechtliche, sondern als ethische ansieht; ebenso Sauter, S. 168; Seiler, S. 23; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 61

Vgl. oben S. 73 Anm. 1

heitlichen Schaden gedacht wird, der durch die Mitteilung eines dem Patienten bisher unbekannten Befundes entstehen kann¹⁾ hat Arthur Kaufmann²⁾ einen erheblich weiterreichenden Grundsatz aufgestellt. Nach ihm braucht der Arzt zu gewissen Punkten des Beweisthemas immer dann keine Aussage zu machen, wenn er befürchten muß, daß sonst dem Patienten oder Dritten ein erheblicher Nachteil entstehen könnte. So dürfe der Arzt "aus allgemein menschlichen Gründen" Tatsachen verschweigen, deren Bekanntgabe eine Zerrüttung der Ehe des Patienten oder den Selbstmord des Ehegatten befürchten lasse. Die rechtliche Begründung für diese Ansicht sieht Kaufmann in dem Güterabwägungsprinzip, nach dem es erlaubt ist, eine rechtlich gebotene Handlung zu unterlassen, wenn nur dadurch der Eintritt eines größeren Schadens zu verhindern ist.

Dieses Prinzip der Pflichtenkollision - der Täter sieht sich zwei sich ausschließenden Rechtspflichten gegenüber - ist als Rechtfertigungsgrund im materiellen Strafrecht anerkannt. Ob sich dieser Grundsatz auf das Prozeßrecht übertragen läßt, ist jedoch fraglich.

Allerdings ist die Rücksichtnahme auf höherwertige Interessen auch im Strafprozeß erforderlich, und es ist heute unbestritten, daß strafprozessuale Zwangsmaßnahmen mit Rücksicht auf die durch das Grundgesetz geschützten Rechtsgüter einer Einschränkung unterliegen können. Die Beachtung von Interessen, die außerhalb des Strafverfahrens liegen, ergibt sich hierbei nicht aus dem Prinzip der Güterabwägung oder Pflichtenkollision, sondern aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit³⁾. Dieses Prinzip verlangt, daß die Folgen jedes Eingriffs in den grundgesetzlich geschützten Bereich im Verhältnis zur Schwere der Tat stehen, also im Einzelfall stets eine Abwägung zwischen den verschiedenen Interessen vorgenommen wird, wie Kaufmann es ebenfalls im Rahmen der Aussagepflicht des Arztes möchte. Bevor hieraus aber ein Schluß auf die Zulässigkeit der Übertragung des materiellrechtlichen Güter- und Pflichtenabwägungs-

1) Eb. Schmidt, DMW 1954, 1649

2) DNO 1958, 189 (194) u. NJW 58, 272

3) Z.B! BVerfG NJW 63, 147; 1397; 2368; NJW 66, 243; 1603

zips auf das Strafverfahren gezogen werden kann, müssen vor-
die Situationen verglichen werden, in denen im materiellen
recht die Pflichtenkollision von Bedeutung ist, in denen das
zip der Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren Anwendung fin-
und in denen die von Kaufmann geforderte Güterabwägung aktuell
e.

erläßt der Täter eine ihm durch ein Strafgesetz gebotene Hand-
g, werden Strafverfolgungsmaßnahmen gegen ihn eingeleitet. Er-
t er nun sein Verhalten mit der Rücksichtnahme auf höhere In-
essen, so haben die Strafverfolgungsbehörden und - kommt es zu
r Anklage - letzten Endes ein Gericht darüber zu entscheiden,
che Belange in dem konkreten Fall höher zu bewerten waren und
er Täter die Abwägung richtig vorgenommen hat oder nicht. Die
ge, ob das Verhalten des Täters durch eine Pflichtenkollision
schtfertigt war, entscheidet damit also ein Gericht ¹⁾.

der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geht
an die Grenzen der Machtbefugnisse der Strafverfolgungsbehör-
dem einzelnen gegenüber. Hier dient eine Güterabwägung im
testen Sinne dazu, eine nach der Strafprozeßordnung grundsätz-
zulässige Maßnahme zu verhindern, die in den grundgesetzlich
geschützten Bereich des einzelnen eingreift. Die Abwägung der
erstreitenden Interessen - Folgen des Eingriffs für den Ange-
gten, Schwere der Tat, Erfordernisse der Sachverhaltsaufklä-
g - wird wiederum in letzter Verantwortung von einem Gericht
troffen.

nte sich dagegen der Arzt als Zeuge auf eine Pflichtenkoll-
n berufen, um seine Zeugnispflicht einzuschränken, würde
Gericht keine Kenntnis von dem Inhalt der Aussage er-
gen und hätte damit keine Möglichkeit, die Frage, ob ei-
pflichtenkollision den Zeugen zur Aussageverweigerung be-

Inwieweit bei dieser Überprüfung das Gericht an eine Wertung des
Täters gebunden ist, ist für die Frage der Güterabwägung im Rah-
men des § 300 bes. umstritten. Während die Rspr. (z.B. RGSt 38,
62, zustimmend Bosch, Anm. 267; Sauer, § 30 III 2d; Sauter,
S. 228) die letzte Entscheidung dem Richter zugesteht, ist nach
anderer Ansicht die Entscheidung des Arztes dann bindend, wenn
dieser pflichtgemäß mit einwandfreier Tendenz entschieden hat
(Eb. Schmidt, NJW 62, 1748; Ebermayer, Arzt im Recht, S. 47;
Flor, Zeitschr. f. d. ges. Arztrecht 1952, S. 215; Rauschen-
bach, S. 206): Das Gericht kann nach dieser letzten Ansicht nur
über die Frage, ob der Arzt pflichtgemäß entschieden hat, ur-
teilen, nicht über die Güterabwägung, während nach der ersten
Ansicht die Güterabwägung vom Gericht vollzogen wird.

rechtigte oder nicht, zu überprüfen. Der Arzt könnte und müßte unüberprüfbar darüber befinden, ob durch seine Aussage ein erheblicher Nachteil für den Patienten oder einen Dritten eintreten könnte und ob der Schutz vor diesem Schaden das Interesse an der Wahrheitsermittlung übertrifft.

Während in den ersten beiden Fällen, in denen eine Interessenabwägung vorgenommen werden muß, diese in letzter Entscheidung einem Gericht zusteht, wäre bei der von Kaufmann geforderten Übertragung des Güterabwägungsprinzips auf die Aussagepflicht die Entscheidung dem Gericht endgültig entzogen. Schon dieses Ergebnis spricht gegen die Ansicht Kaufmanns.

Die Frage, ob die ganze Rechtsordnung, also auch das Beweisrecht, von dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung beherrscht wird und bei einer angeblichen Gefahr für andere Rechtsgüter deshalb die Aussage verweigert werden kann, betrifft nicht nur den Arzt. Jeder Zeuge kann in die Situation kommen, über Tatsachen berichten zu müssen, deren Bekanntwerden für einen anderen einen Schaden herbeiführen könnte. Den Ehebruch, ja auch die Krankheit, deren Bekanntgabe eine Zerrüttung der Ehe des Patienten oder den Suicid des Ehegatten befürchten läßt, kann auch der Freund des Angeklagten erfahren haben. Soll dieser dann ebenfalls über einen Punkt des Beweisthemas, der diese Frage berührt, keine Aussage machen müssen, wie Kaufmann es dem Arzt zugesteht ?

Dem Arzt hier eine Sonderstellung einzuräumen, ist durch nichts gerechtfertigt. Wenn ihm gestattet wird, aus Rücksichtnahme auf sonstige Interessen des Angeklagten oder Dritter seine Aussage zu verweigern, müßte auch anderen Zeugen dieses Recht zubilligt werden. Aber allen Zeugen eine solche unkontrollierbare Entscheidungsfreiheit über Aussage oder Nichtaussage zu geben, würde die für die Wahrheitsermittlung dringend erforderliche Aussagepflicht zu sehr durchlöchern. Sicherlich muß auch im Strafprozeß auf Interessen, die durch die Verfolgung und Aufklärung von Straftaten beeinträchtigt werden, Rücksicht genommen werden. Wie weit diese Rücksichtnahme aber gehen darf, ohne die Belange der Strafrechtspflege zu stark zu beeinträchtigen, kann nicht der einzelne Zeuge - auch nicht der Arzt -, sondern nur der Gesetzgeber oder ein Gericht entscheiden. Auf

Schwierigkeiten, denen sich der Arzt bei einer solchen
r- und Pflichtenabwägung im übrigen im konkreten Fall ge-
bersehen würde, ist bereits oben ¹⁾ hingewiesen worden. Er
überfordert, wenn er die Vorteile der Aussage, die even-
l nur der Patient übersehen kann, gegen die Nachteile, die
elbst befürchten mag, abzuwägen hätte.
angestellten Überlegungen zeigen, daß der Ansicht Kaufmanns,
Aussagepflicht werde eingeschränkt, wenn durch sie ein er-
licher Nachteil für den Patienten oder Dritte entstehen könn-
in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden kann. Auch
der Arzt aus "allgemein menschlichen Gründen" die Nicht-
antwortung einer Frage für besser hält, darf er nach der Ent-
ung von der Schweigepflicht ebensowenig wie jeder andere
s seine Aussage verweigern.

bleibt somit als einzige Frage offen, ob sich die Aussage-
cht des Arztes auch auf solche Tatsachen erstreckt, die der
ent aus rein medizinischen Gründen nicht erfahren soll. Da-
ird es sich meistens um einen Befund handeln, der nur noch
kurze Lebensdauer erwarten läßt oder bevorstehendes Siech-
anzeigt, also um solche Dinge, deren Bekanntwerden eine
tische oder auch physische Verschlechterung des Zustandes
Kranken herbeiführen kann.

es Problem steht in engem Zusammenhang mit der Frage, ob
Arzt verpflichtet ist, jeden Patienten auf dessen Wunsch
den Gesundheitszustand vollständig aufzuklären oder ob er
der Wahrheit zurückhalten kann, wenn bei voller Offenbarung
Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung besteht. Müßte er
s aufklären, müßte er auch in vollem Umfange aussagen.
bei berühren sich in starkem Maße das wichtige Interesse
er Erhaltung von Leben und Gesundheit des Patienten und das
falls wichtige Interesse an der Erhaltung und Respektierung
Menschenwürde, die sich in der eigenen, freien Verantwor-
für sich selbst zeigt. Welches Interesse vorzugehen hat,
sich nicht leicht beantworten; denn die Antwort ergibt sich
t aus dem Gesetz.

andelt sich vielmehr um eine Wertung, für die die allgemein

herrschenden sittlichen Wertanschauungen von Bedeutung sind und für die die Grundlagen des Arzt-Patient-Verhältnisses beachtet werden müssen.

Das Idealbild eines Arzt-Patient-Verhältnisses ist der Umgang zweier vernünftiger Menschen, in dem sich zwei an Vernunft und Reife gleichwertige Menschen gegenüberstehen und der Sachkundige dem Kranken hilft. Jaspers²⁾, der dieses Ideal aufstellt, meint selbst einschränkend, daß nicht alle Kranken diese Voraussetzung der Reife und Vernunft mitbringen. Viele wollen nichts wissen, sondern nur gehorchen und sich gern der Autorität des Arztes beugen, die sie eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung enthebt. Unbestreitbar ist seine Erkenntnis, daß viele Patienten nicht Wahrheit, sondern Beruhigung wollen, auch wenn sie Aufklärung über ihren Zustand verlangen. Da außerdem das Wissen um die Krankheit selbst einen Faktor der Krankheit bedeute, sei die Folge, daß der Arzt nicht jedem Kranken jederzeit sein Wissen mitteilen könne. Einen Anspruch auf Wahrheit habe nur der Kranke, der fähig sei, sie zu ertragen und vernünftig mit ihr umzugehen.

Ähnlich wird von der römisch-katholischen Kirche dem Arzt das Recht eingeräumt, mit der Wahrheit zurückzuhalten, wenn der Kranke nicht die Kraft habe, sie zu ertragen³⁾.

Auch Thielicke⁴⁾, als Vertreter der protestantischen Seite, gesteht dem Arzt eine vorläufige Schonung der Kranken zu; er hält ein Leugnen als erste Phase zur Vorbereitung auf die Wahrheit für erlaubt. Jedoch sieht er die Schonung nur als einen vorübergehenden Kompromiß an, da die Wahrheit des Todes zum verantwortlichen Menschsein gehöre und jeder Mensch mit dem Gedanken an den Tod fertig werden könne und müsse. Nach seiner Ansicht dürfe ein Arzt den Menschen nicht schlechthin und ausnahmslos als "Häufchen Elend" ansehen, dem Schmerzen und Erschütterungen zu ersparen seien; er müsse vielmehr stets versuchen, dem Menschen als entscheidungsbewußter für sein Leben allein verantwortlicher Persönlichkeit gerecht zu werden, der

1) Grünwald, Arzt und Recht, S. 151; Eb. Schmidt, Gutachten zum 44. DJT, S. 139

2) S. 171 ff.

3) Papst Pius, zitiert bei Kaufmann, DNO 958, 192

4) Theologische Ethik 2. Bd., S. 180

ichtlich seines Todes nicht nur duldendes Objekt, sondern handelndes Subjekt sei.

Jaspers sieht es als höchstes Arztideal an, eine verträgliche Gemeinschaft zwischen Arzt und dem Kranken zu erreichen ¹⁾.

wenn Einigkeit darüber besteht, daß der Arzt sich im Konflikt zwischen Schonung und Wahrheitspflicht für die Schonung entscheiden kann ²⁾, so darf die Schonung nicht im Vordergrund stehen. Im Gegenteil sollte die Aufklärung über die Schwere Leidens die Regel, das Zurückhalten mit der Wahrheit nur Ausnahme sein. Sicherlich wollen viele, auch wenn sie Aufklärung erbitten, nur Beruhigung, nicht Wahrheit. Aber ebenso Menschen benötigen die Gewißheit über ihren Zustand, um inneren Ruhe zu gelangen. Nicht immer sind es also "blinde Wünsche" ³⁾, wenn der Patient die Wahrheit wissen will. Es kann vielmehr Ausdruck einer starken in sich gefestigten Persönlichkeit sein.

Diesem Ergebnis hat zwar der Arzt dennoch eine Entscheidungsbefugnis über Mitteilung oder Verschweigen des Befundes; er wird letzten Endes die Frage klären müssen, ob der Patient des Patienten nach Wahrheit ernst gemeint ist oder ob lediglich Beruhigung verlangt. Aber der Grundsatz, daß die Aufklärungspflicht im Vordergrund steht und die Schonung die Ausnahme bleiben soll, zwingt den Arzt oder sollte ihn zwingen, die Entscheidung zwischen Wahrheit und Schonung dem konkreten Fall anzupassen und über sie nachzudenken. Die dem Arzt damit obliegende ethische Entscheidung und Prüfungspflicht stellt erhebliche Anforderungen an sein Verantwortungsbewußtsein, sein Urteilsvermögen, seine Menschenkenntnis und an sein Gewissen. Aber die Tätigkeit eines Arztes verlangt von ihm wie von jedem anderen dieses Verantwortungsbewußtsein, dieses Einfühlungsvermögen, diese Menschenkenntnis und die Bindung an ethische Grundsätze.

Jaspers, S. 178 ff, insbes. S. 182

so auch Kaufmann, DNO 58, S. 192; für volle Aufklärung
Schlhaas, DAR 57, 345

Kaufmann, DNO 58, S. 192

Wenn der Arzt somit regelmäßig dem ernstgemeinten Wunsch des Patienten nach Aufklärung über die Schwere seines Leidens nachzukommen hat, aber dennoch aus medizinischen Gründen im Einzelfall mit der Wahrheit zurückhalten darf, so ist damit noch nicht gesagt, daß das gleiche für den Arzt als Zeugen im Strafprozeß zu gelten hat.

In § 53 Abs. 2 StPO nehmen die Ärzte keine Sonderstellung gegenüber den übrigen Berufsangehörigen ein; die Aussagepflicht, die nach der Entbindung von der Schweigepflicht eintritt, ist zugunsten der Ärzte, die aus medizinischen Gründen Tatsachen verschweigen wollen, nicht aufgehoben. Die Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand des Patienten gibt den Ärzten weder ein Zeugnis- noch ein Aussageverweigerungsrecht. Gegen die Anwendung des Prinzips der Güterabwägung bzw. Pflichtenkollision, um damit eine Zeugnis- oder Aussageverweigerung zu rechtfertigen, sprechen in diesem Fall die gleichen Bedenken, wie sie oben ¹⁾ gegen die Ansicht Kaufmanns vorgetragen worden sind. Daher gibt es keine Möglichkeit für den Arzt, nach der Befreiung von seiner Schweigepflicht aus medizinischen Gründen seine Aussage einzuschränken, auch wenn er im Einzelfall mit der Wahrheit zurückhalten möchte ²⁾.

Um den Ärzten als Zeugen auch in diesen Fällen das Schweigen zu ermöglichen ³⁾, müßte ihnen de lege ferenda ein Aussageverweigerungsrecht eingeräumt werden.

Ehe aber untersucht wird, ob den Ärzten hier das Recht zur Aussageverweigerung zugebilligt werden muß, soll zunächst geklärt werden, ob die uneingeschränkte Aussagepflicht auch der Ärzte nach § 53 Abs. 2 StPO einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers entspricht oder ob dieser das Problem überhaupt nicht gesehen hat.

1) S. 80 ff.

2) OLG Hamburg, NJW 62, 689; OLG Nürnberg, NJW 58, 272; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 53 3c cc; KMR (Sax), § 53, 2 b; DreMaassen, § 300 5g; auch Eb. Schmidt, Lehrk., II, § 53, 30, jedoch bedauernd.

3) Das wird verlangt von Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11 B; Eb. Schmidt in Ponsold's Lehrbuch, S. 32; Kaufmann, DNO 1958, 189; ders., NJW 1958, 272; Göppinger, NJW 1958, 241 u. 278; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 239

den Materialien ¹⁾ ist zu ersehen, daß bei der Erweiterung Zeugnisverweigerungsrechts auch auf Ärzte durch den Gesetz-
er von 1877 diese Problematik nicht erörtert worden ist. Da
zu diesem Zeitpunkt die Ärzte unbeschränkt aussagepflichtig
en, ohne daß es auf die Befreiung von der Schweigepflicht
ch den Berechtigten ankam, bedeutete das Zeugnisverweigerungs-
ht für Ärzte eine so große Neuerung und Rücksichtnahme, daß
e noch weiterreichende Einschränkung der Aussagepflicht - eben
h auf den hier interessierenden Fall - nicht in Betracht ge-
en wurde. Außerdem war bereits das Zeugnisverweigerungsrecht
Ärzte als solches so umstritten, daß in den Diskussionen die
derstellung der Ärzte gegenüber den davor schon Zeugnisverwei-
ungsberechtigten in allen Feinheiten gar nicht beachtet wer-
konnte. So ist es zu erklären, daß bei der Schaffung des Zeug-
verweigerungsrechts für Ärzte dieses hier interessierende Pro-
r nicht aufgetaucht ist, daher auch nicht geregelt werden konn-

... drei Jahrzehnte später wurde erkannt, daß der Angeklagte
Schäden, die bei ärztlichen Aussagen durch die damit verbun-
e Aufklärung über die Schwere des Leidens entstehen könnten,
ahrt werden müßte. Zwar wurde dabei überwiegend nicht an den
t als Zeugen, sondern als Sachverständigen gedacht ²⁾, aber
Reichsgericht ³⁾ stellte den allgemeinen Grundsatz auf, daß
fällen, in denen der Arzt über die Schwere des Leidens nicht
geklärt hatte, um größere Schäden zu vermeiden, er im Straf-
zeß nicht gezwungen werden könnte, der begründeten Berufspflicht
iderzuhandeln.

dieser Erkenntnis zog das Reichsgericht jedoch nicht die Fol-
ung, insoweit die Aussagepflicht des Arztes einzuschränken,
dern es sah als ausreichenden Schutz an, den Angeklagten aus
Sitzungssaal zu entfernen. Es stellte fest, daß sich hier
Interesse an Schonung und das Interesse an unbeschränkter
teidigung gegenüberständen und die Entscheidung, welches In-
esse im Einzelfall vorzugehen habe, in erster Linie dem Ange-

Hahn, S. 585, 1597, 1614, 1734-1736

RGSt 60, 313; Eisner, DJZ 1909, 523 (526)

RGSt 49, 40 (42)

klagen überlassen sei, da beide Male seine Interessen berührt würden. Wenn der Angeklagte also die schonungslose Aufklärung über sein Leiden als kleineres Übel empfinde, müsse in seiner Anwesenheit offenbart werden.

Diese Rechtsprechung, daß der Angeklagte mit seinem Einverständnis während der Aussage über seinen Gesundheitszustand sich aus dem Sitzungssaal entfernen dürfe, wurde später vom Bundesgerichtshof ¹⁾ fortgesetzt, wobei stets betont wurde, daß damit ein Gebot der Menschlichkeit erfüllt werde.

Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 wurde diese Rechtsprechung in die Strafprozeßordnung übernommen. Während die genannten Entscheidungen es dem Willen des Angeklagten überließen, welchem Interesse, nämlich dem an Schonung oder dem an uneingeschränkter Verteidigung, er im Einzelfall den Vorrang gab ²⁾, wird in § 247 Abs. 1 Satz 2 StPO bestimmt, daß das Gericht den Angeklagten während der Dauer von Erörterungen über seinen körperlichen oder geistigen Zustand entfernen kann, wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist. Damit ist die Interessenabwägung dem Gericht übertragen worden. Zwar muß nach § 247 Abs. 1 Satz 3 StPO der Vorsitzende den Angeklagten über den wesentlichen Inhalt der in seiner Abwesenheit gemachten Erörterungen unterrichten, aber dabei kann und muß er die Tatsachen verschweigen, die nachteilig auf den Gesundheitszustand des Angeklagten einwirken könnten ⁴⁾. Diese beschränkte Mitteilungspflicht für den Fall der Entfernung des Angeklagten nach § 247 Abs. 1 Satz 2 StPO entspricht allein dem Sinn dieser Vorschrift.

Die oben aufgezeigte Konfliktsituation der Ärzte ist nach alledem bei der Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechts für Ärzte noch nicht berücksichtigt worden; sie hat jedoch inzwischen in

1) BGHSt 3, 187 (190)

2) Insbesondere RGSt 49, 40

3) Dallinger, JZ 1953, 440; wenn der Angeklagte einverstanden ist, soll nach Schwarz-Kleinknecht, § 247, 7; Löwe-Rosenberg (Geier), § 247, 3 g, ein Beschluß nach § 247 nicht nötig sein, weil § 231 vorliege.

4) Dallinger, a.a.O.

der geltenden Strafprozeßordnung Beachtung gefunden. Obwohl dem Gesetzgeber von 1953 freigestanden hat, den Angeklagten durch ein Aussageverweigerungsrecht für Ärzte vor Aussagen zu schützen, die ihm aus medizinischer Sicht schaden könnten, hat er darauf verzichtet und lediglich die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal während der Erörterung über seinen Gesundheitszustand zugelassen. Die volle Aussagepflicht der Ärzte auch in dem Fall, in dem der Patient aus medizinischen Gründen bestimmte Dinge nicht erfahren soll, entspricht daher einer besten Entscheidung des Gesetzgebers.

Ist bei dieser Sachlage ein Aussageverweigerungsrecht der Ärzte, soweit sie aus medizinischen Gründen die Wahrheit verschweigen können, möglich und erforderlich?

Es kollidiert hier die Aussagepflicht mit dem Schutz eines anderen Interesses, nämlich dem an Schonung des Patienten vor vollständiger Aufklärung über seinen Gesundheitszustand. Aber auch wenn dieses Interesse höher zu bewerten sein mag als das Interesse an der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, so darf doch nicht vergessen werden, daß die Aussagepflicht so wenig wie möglich eingeschränkt werden soll ¹⁾. Das heißt, daß ein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht der einzige Weg sein muß, die Verletzung des kollidierenden Interesses auszuschließen. Die Zubilligung eines Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrechts bietet sich nur als ultima ratio an. Ist ein Schutz der durch die Aussagepflicht berührten Belange auch noch auf eine andere Weise möglich, ohne mit der Wahrheitsfindung zu gefährden oder zu beeinträchtigen, ist dieser Weg gewählt werden.

Man könnte eine solche Möglichkeit, den Patienten vor einer schonungslosen Aufklärung über seinen Gesundheitszustand zu beschützen, ohne die Belange der Strafrechtspflege zu verletzen, gegeben sein; denn der Angeklagte kann gemäß § 247 Abs. 1 Satz 2 StPO während der Dauer von Erörterungen über seinen Gesundheitszustand aus dem Sitzungssaal entfernt werden, wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist ²⁾. Da-

Hahn, Materialien, 3. Band, S. 1619

Wird ein Arzt über den Gesundheitszustand eines Dritten vernommen, kann dieser ebenfalls aus dem Sitzungssaal entfernt werden, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfte. Denn eine Anwesenheitspflicht besteht zwar für den Angeklagten, aber nicht für Dritte.

mit wird vermieden, daß der Patient durch die Aussage des Arztes über sein Leiden aufgeklärt wird, wenn der Arzt es aus gesundheitlichen Gründen bis dahin unterlassen hatte; ebenfalls wird vermieden, daß die Aussagepflicht eingeschränkt wird.

Fraglich ist jedoch, ob die damit ermöglichte Schonung des Patienten bereits ausreichend ist. Durch die Entfernung des Patienten aus dem Sitzungssaal während der Vernehmung des Arztes wird zwar verhindert, daß er die Wahrheit über seinen Gesundheitszustand durch die Aussage des Arztes erfährt; dennoch wird aber die Gefahr vergrößert, daß der Kranke von seinem wahren Zustand Kenntnis erhält, und zwar durch unbeteiligte Dritte, die bei der Vernehmung des Arztes anwesend waren. Solange diese Gefahr nicht ausgeschlossen wird, ist die Entfernung aus dem Sitzungssaal kein ausreichender Ersatz für ein Aussageverweigerungsrecht des Arztes zur Schonung des Patienten vor der Aufklärung über seinen Gesundheitszustand. Nur wenn der Kreis der Dritten klein gehalten werden kann und diese darüber hinaus ein Schweigegebot auch dem Patienten gegenüber trifft, kann die Möglichkeit des § 247 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Aussageverweigerungsrecht des Arztes ersetzen. -

Für den Fall, daß ein Arzt über den Gesundheitszustand eines Patienten in dessen Abwesenheit vernommen wird, ist ein Ausschluß der Öffentlichkeit im Gerichtsverfassungsgesetz nicht vorgesehen. Es ist weder eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung noch eine Gefährdung der Sittlichkeit zu befürchten, wie es in § 172 GVG verlangt wird. Dementsprechend wird vom Bundesgerichtshof¹⁾ auch stets ein Ausschluß der Öffentlichkeit abgelehnt, wenn ein Arzt über den Gesundheitszustand eines Patienten vernommen wird. Er betont, daß ein solches Vorgehen zwar rück-sichtsvoll und verständlich sei, aber keine Stütze im Gesetz habe.

Dabei ist dem Gerichtsverfassungsgesetz ein Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutz von Geheimnissen nicht fremd. Nach § 172 GVG kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn über ein wichtiges Betriebs-, Geschäfts- oder Staatsgeheimnis ausgesagt wird und dieses durch die Öffentlichkeit der Verhandlung gefährdet wäre. Da zum Schutz dieser Geheimnisse im Strafprozeß kein Aussage-

1) BGH NJW 1967, 687; BGH, Urteil vom 7. 4. 1964, StR 64/64

verweigerungsrecht vorgesehen ist, dient der Ausschluß der Öffentlichkeit als Ersatz dafür ¹⁾ und verhindert die Bekanntgabe der Geheimnisse an unbegrenzt viele Zuhörer.

Betriebs-, Geschäfts- und Staatsgeheimnisse genießen allerdings um ihrer selbst willen einen Schutz, was bei ärztlichen Berufsgeheimnissen nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall ist ²⁾. Wenn sich damit auch grundsätzlich eine Gleichbehandlung dieser Geheimnisarten verbietet, so ist die Interessenlage doch ähnlich, wenn ein Arzt über das Leiden eines Patienten aussagt, das dieser nicht erfahren soll. Auch hier können Schäden durch die Offenbarung des Geheimnisses an eine unbegrenzte Zuhörerermenge eintreten.

De lege ferenda sollte daher der Ausschluß der Öffentlichkeit auch dann möglich sein, wenn ein Arzt in Abwesenheit seines Patienten über den bisher verheimlichten Gesundheitszustand vernommen wird.

Nach § 174 Abs. 2 GVG kann das Gericht den Personen, die nach dem Ausschluß der Öffentlichkeit im Gerichtssaal verbleiben dürfen, darüber hinaus eine Schweigepflicht auferlegen, deren Verletzung nach Art. II des Gesetzes betreffend die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen vom 5. April 1888 bestraft werden kann.

Wenn von dieser Möglichkeit auch bei einer Aussage über ein ärztliches Berufsgeheimnis, das der Patient nicht kennt, Gebrauch gemacht wird, ist ein Aussageverweigerungsrecht des Arztes nicht erforderlich. Denn die Entfernung des Angeklagten, der Ausschluß der Öffentlichkeit und das Schweigegebot für die weiterhin anwesenden Personen wahren das Interesse des Patienten an Schonung; sie wahren aber ebenso das Interesse des Staates an vollständiger und möglichst uneingeschränkter Aufklärung von Straftaten.

1) Löwe-Rosenberg (Schäfer) 2. Bd. § 172, 1 b

2) Vgl. S. 41

B. Beschlagnahmeverbot

Aus der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Beschlagnahmeverbotes ergibt sich, daß seit jeher die Einschränkungen der Beschlagnahme im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht gesehen worden war. Wenn auf einen Zeugen zur Aufklärung einer Straftat im Rahmen eines Strafverfahrens verzichtet werden mußte, so mußte ebenfalls ein Verbot bestehen, sein schriftlich niedergelegtes Wissen als Beweismittel zu benutzen, weil andernfalls eine Möglichkeit zur Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts gegeben war.

Auf diesen Gesichtspunkt wurde insbesondere immer wieder vor der Änderung des § 97 StPO durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz hingewiesen, um eine Beschlagnahme von Krankenblättern, die unter § 97 a.F. nicht zu subsumieren waren, auszuschließen.

Als das Beschlagnahmeverbot gesetzlich statuiert wurde, war dafür - ebenso wie für die Neufassung des § 97 im Jahre 1953 - allein der Gedanke maßgebend, daß das Zeugnisverweigerungsrecht eine Ergänzung im sachlichen Bereich haben müsse, um jede Umgehung zu vermeiden ¹⁾. So ist es zu erklären, daß der Gesetzgeber für das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO einen Wortlaut wählte, der den Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht zeigt und weitestgehend auf die Vorschriften der §§ 52 und 53 StPO Bezug nimmt.

I. Umfang des Beschlagnahmeverbots

1. Schriftliche Mitteilungen

Nach § 97 Abs. 1 StPO unterliegen dem Beschlagnahmeverbot schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO das Zeugnis verweigern dürfen.

Mitteilungen sind Gedankenäußerungen, die der Absender einem Empfänger zukommen lassen will, damit dieser durch Kenntnisnahme

1) Amtliche Begründung zu § 97,
Drucksache Nr. 3713, S. 49

en Gedanken erfahre ¹⁾. Dabei kommt es nicht darauf an, daß der Empfänger die Gedankenäußerung tatsächlich erhält. Entscheidend ist die Absicht des Absenders. Eine Mitteilung liegt daher auch dann schon vor, wenn der Absender sie fertiggestellt und zum Absenden bestimmt hat ²⁾. Schriftlich bedeutet seinem eigentlichen Wortsinn nach die Fixierung eines Gedankens in "sichtbarer" Form, wobei es auf die Art der sichtbaren Fixierung nicht ankommt. Die Mitteilung braucht daher nicht in Schriftzeichen zu erfolgen. Auch das umschriebene Wort, z. B. in Form von Zeichnungen, Rätseln, Ortsskizzen, Noten ³⁾, erfüllt die Voraussetzung einer schriftlichen Mitteilung, sofern es einen dem Empfänger bekanntzugebenden gedanklichen Inhalt hat.

Da § 97 StPO eine Ergänzung zu § 53 StPO bilden soll, also alles umfaßt, was nicht vergängliches, gesprochenes Wort ist, muß schriftlich in diesem Zusammenhang jede fixierte Gedankenäußerung bedeuten. Eine solche und damit "schriftliche" Mitteilung im Sinne des § 97 Abs. 1 StPO liegt daher auch dann vor, wenn der Gedanke auf einem Tonträger, also nicht in sichtbarer, sondern nur in hörbarer Form, festgehalten worden ist ⁴⁾. Dem Sinn des § 97 würde es nicht gerecht werden, wollte man das festgehaltene gesprochene Wort nicht dem Beschlagnahmeverbot unterstellen. Schriftliche Mitteilungen sind nach alledem insbesondere Briefe, Karten, Telegramme und zwar in Originalform, aber auch Abschriften, Doppel oder Fotokopien ⁵⁾, daneben Tonbandaufnahmen, Widmungen auf Geschenken, Eintragungen in Gästebüchern ⁶⁾. Einseitige Aufzeichnungen, wie Werkszeichnungen, Buchungsunterlagen und Tagebücher, fallen nicht unter die "Mitteilungen" des § 97 Abs. 1 StPO. Ausnahmsweise haben sie jedoch den Charakter solcher Mitteilungen, wenn sie zur Kenntnisnahme des Empfängers bestimmt sind, sei es, daß sie Teil eines Briefes sind, sei es, daß sie

1) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 2a aa

2) Löwe-Rosenberg, a.a.O.; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 2 A; KMR (Müller) § 97, 2 c

3) Löwe-Rosenberg, a.a.O.

4) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 2 A

5) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.

6) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 2a aa

selbständig informieren sollen ¹⁾.

Von dem Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO werden nur schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und einem Zeugnisverweigerungsberechtigten erfaßt; jeweils der Beschuldigte oder ein Zeugnisverweigerungsberechtigter müssen daher entweder Empfänger oder Absender sein. Mitteilungen zwischen zwei Zeugnisverweigerungsberechtigten oder einem solchen und einem Dritten fallen nicht darunter.

Von den Zeugnisverweigerungsberechtigten interessiert hier nur der Arzt.

Eine Definition des Beschuldigten findet sich in der Strafprozeßordnung nicht. Lediglich § 157 StPO definiert den Angeschuldigten als den Beschuldigten, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist, und den Angeklagten als den Beschuldigten oder Angeschuldigten, gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist. Daraus ist zu folgern, daß "Beschuldigter" der Oberbegriff zu "Angeschuldigtem" und "Angeklagtem" ist und es einen Beschuldigten schon vor der Erhebung der öffentlichen Klage, also im Ermittlungsverfahren, gibt ²⁾.

Beschuldigter ist danach jeder, der verdächtigt wird, die Tat, die Gegenstand der prozessualen Ermittlungen bildet, begangen zu haben ³⁾. Nicht erforderlich ist, daß der Beschuldigte als solcher bereits vernommen ist. Auch wenn ohne Kenntnis des Betroffenen gegen ihn wegen einer Straftat ermittelt wird, ist er Beschuldigter ⁴⁾.

Durch § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO werden somit alle schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Arzt und demjenigen, der einer Straftat verdächtigt ist, von der Beschlagnahme ausgenommen, soweit sie sich auf ein Arzt-Patient-Verhältnis beziehen. Wird damit der

1) Löwe-Rosenberg, § 97, 2a bb; Holtzendorff, Handbuch d. Dt. Strafprozeßrechts 1879, 305 (316). Die Unterscheidung zwischen Mitteilungen und Aufzeichnungen hat heute nur noch für die Personen des § 52 StPO Bedeutung.

2) KMR (Müller), § 157, 1

3) RGSt 20, 91

4) Löwe-Rosenberg, (Dünnebier), § 97, 2 e; KMR (Müller), § 97, 2a

den aufgezogene Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Beschlag-
nahmeverbot verfolgte, nämlich das Zeugnisverweigerungsrecht
Ärzte vor einer Umgehung zu schützen, auch tatsächlich er-
reicht ?

Vergleicht man nämlich das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte
mit dem Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO, so zeigt
sich, daß die Fassung des § 97 erheblich enger ist als die des
§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Während dem Arzt als Zeugen ein Zeugnis-
verweigerungsrecht über alles zusteht, was ihm in seiner beruf-
lichen Eigenschaft bekannt geworden ist, wird in § 97 nur die Be-
schlagnahme solcher Mitteilungen verboten, die entweder von dem
Zeugnisverweigerungsberechtigten an den Beschuldigten gerichtet
sind oder umgekehrt. Das Beschlagnahmeverbot knüpft an die Si-
tuation an, daß der Arzt Zeuge und der Geheimnisberechtigte Be-
schuldigter ist; für das Zeugnisverweigerungsrecht ist es dage-
gen völlig unerheblich, welche Rolle der Berechtigte im Strafver-
fahren spielt, ja ob er überhaupt beteiligt ist. Nach dem geltenden
Recht reicht daher das Zeugnisverweigerungsrecht weiter als
das Beschlagnahmeverbot; der Arzt kann zwar sein Zeugnis verwei-
sen, auch wenn der Geheimnisberechtigte nicht Beschuldigter ist,
aber in diesem Fall ist eine Beschlagnahme seines schriftlich nie-
dergelegten Wissens nicht verboten.

Die Divergenz zwischen § 53 und § 97 bedeutet einen "systemimma-
nen Bruch" im Strafprozeß ¹⁾. Um zu erreichen, daß eine Umge-
hung des Zeugnisverweigerungsrechts durch eine Beschlagnahme stets
geschlossen ist, ist de lege ferenda eine Ergänzung des § 97
StPO und Anpassung an § 53 StPO erforderlich ²⁾. Nur wenn die Be-
schlagnahme von schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Arzt und
dem Geheimnisberechtigten - unabhängig von dessen Stellung im
Verfahren - verboten wird, entspricht das Beschlagnahmeverbot
dem Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

In dieser Ergänzung wäre gleichzeitig die streitige Frage, ob
das Beschlagnahmeverbot auch im Verfahren gegen Unbekannt ein-

Rupp, Gutachten, S. 180; so auch Kohlhaas, JR 1965, 109

Klug, Referat, S. F 53; Rupp, Gutachten, S. 180

greift ¹⁾, geklärt.

Im geltenden Recht ist die Anwendung des § 97 StPO im Verfahren gegen Unbekannt bedenklich, da ein Beschuldigter im Sinne des § 97 fehlt. Eine Beschlagnahme dagegen ist schon möglich, sobald die Pflicht zur Einleitung von Ermittlungen besteht, nach § 152 Abs. 2 StPO also dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen ²⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob bereits eine bestimmte Person verdächtigt wird.

Solange das Beschlagnahmeverbot demnach an einen "Beschuldigten" anknüpft, können im Verfahren gegen Unbekannt Krankenblätter bei einem Arzt beschlagnahmt werden, obwohl dadurch sein Zeugnisverweigerungsrecht, das ihm unabhängig von der Person des Täters zu steht, umgangen wird.

Um einen lückenlosen Schutz vor Beschlagnahme zu erreichen, muß die lege ferenda in diesem Fall ebenfalls das Beschlagnahmeverbot eingreifen. Auch hier zeigt sich wieder, daß die Bezugnahme auf den "Beschuldigten" in § 97 StPO dem erforderlichen Umfang des Beschlagnahmeverbots - im Hinblick auf den Arzt - nicht gerecht wird ³⁾.

2. Aufzeichnungen

Weiter sind von der Beschlagnahme nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO Aufzeichnungen ausgenommen, die die in § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.

Aufzeichnungen enthalten einseitige, fixierte sinnliche Wahrnehmungen ⁴⁾. Neben schriftlichen Aufzeichnungen in jeder Form, darunter fallen z. B. auch Lochkarten ⁵⁾, kann es sich auch hier wieder um besprochene Tonbänder handeln ⁶⁾. Unerheblich ist, ob

1) Verneinend Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 2 e; bejahend Eb. Schmidt, Lehrk., Teil II, § 97,8

2) KMR (Müller), § 44, 4

3) Eb. Schmidt, a.a.O.; wohl schon für das geltende Recht.

4) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 2 B

5) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 2h; Schwarz-Kleinknecht, a.

6) Schwarz-Kleinknecht, a.a.O.; Löwe-Rosenberg, a.a.O.

Zeugnisverweigerungsberechtigte die Aufzeichnungen eigenhändig hergestellt hat oder sich beim Herstellen oder auch Ablesen fremder Hilfe bedient hat, solange nur der Inhalt der Aufzeichnungen von ihm stammt ¹⁾.
Der Inhalt muß einen Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht haben, d.h. es müssen Dinge aufgezeichnet sein, die den Berufsangehörigen in ihrer beruflichen Eigenschaft erfahren haben. Entsprechend dem § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO wird auch in § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO zwischen anvertrauten Mitteilungen und bekanntgewordenen Umständen unterschieden, die der Zeugnisverweigerungsberechtigte aufgezeichnet hat.

Hier werden wieder nur solche Aufzeichnungen von der Beschlagnahme ausgenommen, die sich auf Mitteilungen des Beschuldeten beziehen. Um dem Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu entsprechen, ist hier ebenfalls eine Anpassung des § 97 an § 53 StPO erforderlich, da nach dem geltenden Recht der Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts mit dem Umfang des Beschlagnahmeverbots nicht übereinstimmt. Alle Aufzeichnungen der Ärzte über ihre Patienten müssen der Beschlagnahme entzogen sein, ohne Rücksicht auf die Stellung des Patienten im Strafverfahren.

Nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO fallen nach allgemeiner Ansicht ²⁾ insbesondere ärztliche Krankenkarteien und Handakten der Rechtsanwälte ³⁾.

Löwe-Rosenberg, a.a.O.; KMR (Müller), § 97 3b

Ob die Meinung richtig ist, wird an dieser Stelle nicht näher untersucht. Dazu unter 4.

Amtliche Begründung zu § 97, Drucks. Nr. 3713, Art. 4, Nr. 11, S. 49; OLG Hamburg, NJW 1962, 689; OLG Nürnberg, NJW 1958, 272; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 2 B; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 2b; KMR (Müller), § 97, 2c; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, II Anhang, § 97, 7

3. Andere Gegenstände

§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO verbietet als letztes die Beschlagnahme anderer Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO genannten Berufsangehörigen erstreckt ¹⁾.

Hierunter fällt alles, was nicht unter die Nummern 1 und 2 zu subsumieren ist, solange nur der Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 gewahrt ist. Daß die ärztlichen Untersuchungsbefunde besonders erwähnt sind, bedeutet keine sachliche Einschränkung der Vorschrift, sondern erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 97 in der heutigen Fassung. Wie bereits erwähnt, war die Erweiterung des Beschlagnahmeverbots insbesondere im Hinblick auf die ärztlichen Probleme gefordert worden.

Zu den Gegenständen des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO gehören z.B. Blutproben, Blutbilder, Blutsenkungen, Alkoholbefunde, Röntgenaufnahmen, Elektrokardiogramme, Fieberkurven, Fremdkörper, die der Arzt aus dem Körper des Beschuldigten entfernt hat. Auch Schriftstücke die weder Mitteilungen des § 97 Abs. 1 Nr. 1 noch Aufzeichnungen des § 97 Abs. 1 Nr. 2 sind, können unter die durch Nummer 3 geschützten Gegenstände fallen, so die dem Arzt oder Anwalt übergebenen Dokumente, gleichgültig welchen Inhalt sie haben ²⁾.

Selbstverständlich ist Voraussetzung des Verbots, die dem Arzt oder dem Anwalt übergebenen Schriftstücke zu beschlagnahmen, daß sie ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft ausgehändigt worden sind. Ist alleiniger Zweck der Übergabe, die Schriftstücke als Beweismittel dem Strafverfahren zu entziehen, so greift das Beschlagnahmeverbot nicht ein ³⁾.

-
- 1) Auf Gegenstände kann sich ein Zeugnisverweigerungsrecht begrifflich nicht erstrecken, gemeint ist auch hier der Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit.
 - 2) Amtl. Begründung zu § 97 a.a.O. Schwarz-Kleinknecht, § 97, 2 C; Löwe-Rosenberg, § 97, 2 C; Dallinger, JZ 1953, 432 (437); Costa, MDR 1953, 577 (579)
 - 3) H. Mayer, SchlHA 1955, 348 (349); LG Kiel, SchlHA 1955, 368; Löwe-Rosenberg, § 97, 2c

Insbesondere Krankenblätter

Bereits ausgeführt, fallen nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung die hier in erster Linie interessierenden Krankenblätter unter § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO, da es sich um Aufzeichnungen der dort genannten Art handelt.

Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie der amtlichen Begründung zu der Neufassung des § 97 durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 ¹⁾ ergibt sich, daß bei der Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 2 hauptsächlich an die Krankenblätter der Ärzte und die Handakten der Verteidiger gedacht worden war.

Man sieht sich diese Tatsachen vor Augen, scheint die Untersuchung der Frage, ob Krankenblätter ihrer Natur nach überhaupt zu Beweiszwecken geeignet sind oder bereits nach § 94 StPO wegen Fehlen der dort verlangten Voraussetzungen einer Beschlagnahme entfallen sind, überflüssig, da sowohl vom Gesetzgeber als auch von Lehre und Rechtsprechung diese Eignung als selbstverständlich angesehen wird.

Im folgenden trotzdem die logisch erste Frage geklärt werden soll, ob Krankenjournalen Gegenstände sind, die als Beweismittel die Untersuchung von Bedeutung sein können, wie § 94 StPO als Voraussetzung für eine Beschlagnahme verlangt, so beruht das auf allerlei Erwägungen.

Man bedeutet die Tatsache, daß die Eignung der Papiere als Beweismittel gar nicht geprüft, sondern seit jeher stillschweigend vorausgesetzt wird, noch längst nicht, daß diese Frage tatsächlich völlig unproblematisch war und auch heute noch ist. Denn bei Entstehung des § 97, ja auch bei der Neuregelung im Jahre 1953, kannte man Einschränkungen von strafprozessualen Maßnahmen nicht in dem Umfang wie heute. So ist z. B. die Rücksichtnahme auf Persönlichkeitsrechte des einzelnen ²⁾ sowie der Gedanke der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ³⁾ relativ neu. Solche

Drucksache Nr. 3713, Art. 4, Nr. 11, S. 49

Besonders einschneidend BGH NJW 64, 1139

Z.B. in BVerfG NJW 1963, 197; BVerfG NJW 1963, 1597; BVerfG NJW 1966, 1607

neuen Gesichtspunkte können durchaus dazu führen, daß die Eignung der Krankenblätter als Beweismittel heute mit anderen Augen gesehen werden muß als früher.

Zum zweiten sind in neuester Zeit bereits Zweifel an dieser Eignung der Krankengeschichten aufgetreten, wenn sie auch nicht im Rahmen des § 94 StPO erörtert werden. Denn bei der Frage, ob die Entbindung von der Schweigepflicht das Beschlagnahmeverbot aufhebt oder nicht, wird immer wieder darauf hingewiesen, daß Charakter und Art der Blätter ihre Verwendung als Beweismittel im Strafverfahren verbieten ¹⁾. Wenn mit dieser Argumentation auch nur eine spezielle Frage im Rahmen des § 97 entschieden werden soll - also die generelle Anwendbarkeit der Vorschrift vor ausgesetzt wird -, so richtet sie sich in Wahrheit doch gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 94 StPO überhaupt ²⁾. Fallen aber die Krankenjournalen schon nicht unter den Begriff "Beweismittel" im Sinne des § 94 StPO, so ist eine Anwendung d. § 97 StPO nicht erforderlich, um die Papiere generell einer Beschlagnahme zu entziehen.

Der Satz "die Krankengeschichten sind tabu" ³⁾, müßte dann in dem Fall gelten, unabhängig vom Gewahrsam an ihnen, unabhängig von einer Beteiligung des Arztes an der in Frage stehenden Straftat, unabhängig von der Person des Beschuldigten.

Gegen die Verwertbarkeit von Krankenblättern als Beweismittel im Sinne des § 94 StPO lassen sich zwei Gruppen von Einwendungen erkennen: einmal tatsächlicher zum anderen rechtlicher Art.

a) Tatsächliche Untauglichkeit als Beweismittel

Der tatsächliche Gebrauch soll dadurch ausgeschlossen sein, daß nur der Arzt sie richtig lesen und auswerten könne, da sie alle für seine Zwecke angelegt worden seien. Oft benutze er für Drit-

1) Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I c 47; 11; ders., Brenne de Fragen, S. 32; ders., Die med. Welt 1951, 1649; Göppinger AM 1958, 1326; ders., NJW 1958, 241; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 151; Bewer, JR 56, 11; Grüter, AM 56, 64; Kohlhaas, JR 58, 328 (329)

2) Diese Folgerung wird aber von den Autoren nicht gezogen, andeutungsweise Kohlhaas, a.a.O., für eins der Argumente

3) Eb. Schmidt, Die med. Welt 1951, 1649 (1650)

verständliche Abkürzungen oder sei seine Schrift unleserlich. Bestehe die Gefahr, daß Dritte die Papiere nicht richtig zuwerten vermögen, ja durch falsches Verstehen nicht wiederzumachenden Schaden stiften könnten. Da das in besonderem Maße für den urteilenden Richter gelte, seien die Krankenblätter als Beweismittel untauglich¹⁾.

Angaben ist zwar, daß es im Einzelfall Schwierigkeiten biete, die Karteikarten zu lesen und zu verstehen, da sich der Richter einem ihm nicht bekannten Gebiet und nicht geläufigen Ausdrücken gegenüber sieht. Ähnliche Schwierigkeiten können auch bei anderen Beweismitteln auftreten, ohne daß an deren Eignung zum Beweise gezweifelt wird, das gilt z. B. von privaten Aufzeichnungen des Beschuldigten, Handelsbüchern, chiffrierenden Mitteilungen.

Es kommt, daß der Richter nicht darauf angewiesen ist, diese Unterlagen allein - ohne Hilfe eines Sachkundigen - zu verwerten. Karteikarten können bei der Erstattung eines Gutachtens durch Sachverständigen mit herangezogen werden, der durchaus in der Lage ist, die Krankenblätter richtig zu lesen.

Übrigens kann bezweifelt werden, daß die Ärzte ihre Aufzeichnungen so führen, daß sie von Dritten - auch von anderen Ärzten - richtig gelesen und ausgewertet werden können. Wie schon bemerkt, dienen die Krankenpapiere der ordnungsgemäßen Behandlung des Patienten, indem sie dem Arzt eine Übersicht über Anamnese, Therapie und erzielte Erfolge geben. Da in vielen Fällen nicht derselbe Arzt die Behandlung durchführt, sei es, daß er während eines Urlaubs oder einer Krankheit von einem anderen Arzt vertreten wird, sei es, daß die Praxis durch Aufgabe oder Tod von dem Nachfolger fortgeführt wird, müssen die Krankenblätter auch für Dritte verständlich sein, sollen sie ihren Zweck, eine einwandfreie Heilbehandlung zu ermöglichen, erfüllen. Gerade dieser Zweck verlangt daher eine klare und verständliche, im üblichen

Ob. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I § 97; Göppinger, AM 1958, 326; ders., NJW 58, 241 (245 Anm. 23) Bewer, JR 1956, 11; Schulz, Arzt vor dem Richter, 1961, S. 151; Heesen-Göhmann-Münstermann, AM 1954, 546

Rahmen gehaltene Führung der Krankenjournalen ¹⁾.

Kann damit an der tatsächlichen Verwertbarkeit der ärztlichen Aufzeichnungen zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nicht gezweifelt werden, bleibt die rechtliche Seite zu prüfen.

b) Rechtliche Untauglichkeit als Beweismittel

Beweismittel nach § 94 StPO sind Beweisstücke im weitesten Sinne, sofern sie nur für die Untersuchung von Bedeutung sind und zur Überführung oder Entlastung des Täters oder zur Kennzeichnung seiner Persönlichkeit herangezogen werden können ²⁾. Sie müssen irgendeinen Hinweis - sei es unmittelbar, sei es mittelbar - auf die Tatbestandsverwirklichung oder die Schuld des Täters enthalten.

Aus den Krankenjournalen kann sich etwas über die Täterschaft, über den Tathergang und auch über die Schuld ergeben. Der Arzt kann z. B. an der Verletzung des Patienten seine Tatbeteiligung erkennen, er mag seine bereits bestehende Geisteskrankheit bemerkt haben oder ihm berichtet der Patient bei der Exploration über die Tat. An der Eignung der Krankenblätter, bei der Untersuchung einer Straftat förderlich zu sein, wie § 94 es verlangt ist daher nicht zu zweifeln. Sie können im Strafverfahren durchaus erhebliche Tatsachen beweisen ³⁾ und sind daher grundsätzlich Beweismittel im Sinne des § 94 StPO.

Das Eigentum, das Urheberrecht, die Verfügungsmacht des Arztes, der im Verfahren gegen seinen Patienten Dritter ist, hindert die Verwendung der Karteikarten im Strafverfahren nicht ⁴⁾. Die St. proz. Ordnung nimmt Eingriffe in bestimmte Rechte Dritter in Kauf, um volle Aufklärung von Straftaten zu gewährleisten. Daher kommt es auf das Eigentum, den Gewahrsam, auf die Prozeßrolle des Besitzers, eine Beziehung zum Beschuldigten nicht an ⁵⁾ und

1) Porsch, JR 1956, 453 (455)

2) Schwarz-Kleinknecht, § 94, 2

3) Russek, Das ärztliche Berufsgeheimnis, 1954, S. 145

4) Göppinger, NJW 1958, 245, Anm. 23, argumentiert mit diesem Gesichtspunkt gegen die Beschlagnahme nach einer Entbindung von der Schweigepflicht.

5) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 94, 2b; KMR (Müller), § 94, 2

besonders die Verfügungsmacht des Beschuldigten nicht erforderlich ¹⁾.

Auch das Argument, die Krankenblätter als Gedächtnisstützen sollten nicht losgelöst von der Person des Arztes als Urkunden verwendet werden ²⁾, hindert die Anwendung des § 94 StPO nicht. Unschlüssig ist, zu welchem ursprünglichen Zweck das Schriftstück, das Beweis erbringen kann, errichtet wurde. Auch eine Privatkorrespondenz, Tagebücher, bloß flüchtig hingeworfene Gedanken sind für Beweis Zwecke im Strafverfahren nicht geschrieben worden und eng an den Verfasser gebunden; dennoch sind sie Beweismittel im Sinne des § 94 StPO.

Wenn die Eignung von Krankenblättern als Beweismittel im Strafverfahren könnte die Vorschrift des § 250 StPO sprechen. Grundsätzlich werden nach § 249 StPO Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke verlesen. Von diesem Grundsatz ist in § 250 StPO aber eine Ausnahme für bestimmte schriftliche Erklärungen gemacht. Sofern nämlich der Beweis auf der Wahrnehmung einer Person beruht, muß diese in der Hauptverhandlung vernommen werden; ihre Vernehmung darf nicht dadurch ersetzt werden, daß ein über eine frühere Vernehmung aufgenommenes Protokoll oder eine schriftliche Erklärung verlesen werden.

Krankenpapiere gewöhnlich Wahrnehmungen einer Person enthalten, könnten sie unter das Verlesungsgebot des § 250 Satz 2 StPO fallen und wären damit nicht zum Beweis im Sinne des § 94 StPO geeignet ³⁾.

Urkunden, die nach § 249 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden, sind Schriftstücke, die nach ihrem gedanklichen Inhalt

Dagegen kommt es bei anderen Verfahren, die keine Beschlagnahme kennen, wie z.B. die Prozeßarten mit Parteienbetrieb, nur auf die Rechte der Parteien zur Vorlage von Urkunden an. Daher begründet auch § 106 SGG keine Herausgabepflicht für den Arzt.

Bewer, JR 1956, 11

Eb. Schmidt, Lehrk., § 249, 4; ders., DMW 1954, 1649 (1650); ders., Brennende Fragen, S. 32; Göppinger, AM 1958, 1326; Grüter, AM 1956, 64

etwas beweisen können ¹⁾. Das ist, wie bereits festgestellt, bei den Krankenpapieren der Fall, so daß sie grundsätzlich von § 249 StPO erfaßt werden. Ihre Urkundeneigenschaft im Sinne des § 249 StPO kann daher nicht bestritten werden.

Möglich wäre jedoch, § 250 StPO als lex specialis zu § 249 StPO anzusehen, was zur Folge hätte, daß die Verlesung von Urkunden zu Beweis Zwecken dann ausgeschlossen ist, wenn sie Wahrnehmungen von Zeugen enthalten.

Für dieses Verhältnis der beiden Vorschriften sprechen jedoch weder Sinn und Zweck noch Wortlaut der §§ 249, 250 StPO.

Sie sind Ausdruck des Prinzips der Unmittelbarkeit der Beweisnahme ²⁾, das in der Strafprozeßordnung gilt. Das Gericht soll generell alle Zeugen in der Hauptverhandlung vernehmen, um einen Eindruck von der Persönlichkeit - daraus folgend der Glaubwürdigkeit - zu erhalten. Diesem Ziel dient das Verbot des § 250 Satz 1 StPO, die Zeugenvernehmung durch Verlesung von schriftlichen Erklärungen oder Protokollen zu ersetzen. Aus dieser Bedeutung des § 250 Satz 2 ergibt sich bereits ein Anhaltspunkt für die Auslegung des Wortes "schriftliche Erklärung"; es muß sich um solche Schriften handeln, die von vornherein nur den Zweck haben, Beweise zu erbringen. In diesem Zusammenhang ist es gleichgültig, ob sie für das gegenwärtige oder ein früheres Verfahren dienen sollten oder ob es Erklärungen zu beliebiger Verwendung sind ³⁾.

Schriftliche Erklärungen des § 250 Satz 2 StPO sind demzufolge schriftliche Aussagen.

Die Schriftstücke jedoch, die nicht zu Beweis- und Aussagezwecken angefertigt worden sind, die eventuell sogar - wie es bei Krankenjournalen sein wird - schon aus einer Zeit vor Beginn der Verurteilung, ja vor Begehung der in Frage stehenden Straftat stammen, fallen nicht unter § 250 Satz 2 StPO. Sie "ersetzen" nicht die Zeugenaussage, sondern dienen daneben zum Beweis; sie erbringen vielleicht sogar eindeutigeren und besseren Beweis als die Aussage des Zeugen lange nach der Kenntniserlangung, und zwar insbesondere dann, wenn er seine Wahrnehmungen sofort schriftlich

1) Schwarz-Kleinknecht, § 249, 2; Eb. Schmidt, Lehrk., § 249, 1; Löwe-Rosenberg (Geier), § 249, 3

2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, Nr. 451; KMR (Sax), § 250

3) Löwe-Rosenberg (Geier), § 250, 4

aufgezeichnet hat, ohne dabei an einen Beweis oder ein Strafverfahren überhaupt zu denken. Gerade solche ohne Rücksicht auf einen Strafprozeß niedergelegten Sachdarstellungen sind hervorragend geeignet, den Sachverhalt zu klären und zu beweisen. Auf diese oft so wertvollen Beweismittel wollte der Gesetzgeber in einem Fall verzichten, als er die Vorschrift des § 250 Satz 2 StPO schuf ¹⁾.

Daß unter schriftliche Erklärungen nur schriftliche Aussagen fallen, wird durch den Wortlaut bestätigt. Die "Erklärungen" stehen neben den über frühere Vernehmungen aufgenommenen Protokollen und müssen daher sinngemäß Ähnliches bedeuten wie diese, die allein für Zwecke des Strafverfahrens und zum Gebrauch in diesem angefertigt sind. Auch "schriftliche Erklärungen" sind daher so eingeschränkt aufzufassen ²⁾.

Damit fällt nicht jede Urkunde, die Wahrnehmungen einer Person enthält, unter § 250 Satz 2 StPO. Hinzu kommt, daß die §§ 249, 250 StPO im sechsten Abschnitt der Strafprozeßordnung stehen und damit lediglich Bestimmungen für die Hauptverhandlung sind. Nur für diese gilt das unausschließbare Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Außerhalb der Hauptverhandlung während der Ermittlungen im Vorverfahren können diese Vorschriften auch nicht entsprechend herangezogen werden ³⁾.

Daß Krankenblätter Wahrnehmungen einer Person enthalten, hindert also ihre Beweismittleignung nicht ⁴⁾, da sie nicht zum Gebrauch in einem Verfahren oder zu sonstigen Beweiszwecken hergestellt sind.

Ebenfalls beeinträchtigt die Beweismittleigenschaft der Krankenblätter im Strafverfahren nicht, daß durch die Beschlagnahme der Aufzeichnungen dem Arzt ein ihm womöglich zustehendes Aussagever-

- 1) Schneidewin, JR 1951, 481 (483); KMR (Sax), § 250, 1b
- 2) BGHSt 6, 141 (143); 6, 209 (212); KMR (Sax), § 250, 1b; Löwe-Rosenberg (Geier), § 250, 5; Schwarz-Kleinknecht, § 250, 3; Schneidewin, a.a.O.
- 3) Worauf Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I, 47, selbst hinweist.
- 4) Schwarz-Kleinknecht, § 250, 3

weigerungsrecht nach § 55 StPO genommen wird ¹⁾).

Zwar kann eine Beschlagnahme durch ein bestehendes Beweisverbot ausgeschlossen werden, da ein Beweismittel, das wegen eines Beweisverbotes nicht verwendet werden kann, ungeeignet und nicht von Bedeutung im Sinne des § 94 StPO ist ²⁾).

Wieweit die Beweisverbote der §§ 52 ff StPO gleichzeitig die Benutzung von Urkunden und Augenscheinobjekten zu Beweiszwecken ausschließen, wird durch § 97 StPO abschließend bestimmt.

§ 55 ist in § 97 nicht genannt. Zwar enthält § 55 StPO ebenfalls ein Beweisverbot ³⁾, dieses hat bei der Schaffung der Beschlagnahmeverbote aber keine Berücksichtigung gefunden. Daraus folgt, daß nach dem geltenden Recht das den Zeugen zustehende Aussageverweigerungsrecht des § 55 StPO eine Beschlagnahme von Beweismitteln nicht hindert, selbst wenn durch die Beschlagnahme das Recht der Zeugen hinfällig würde ⁴⁾).

Zu erwägen bleibt jedoch, ob die von Göppinger ⁵⁾ aufgezeigte Gefahr de lege ferenda zu einer Ergänzung des § 97 StPO führen sollte. Eine solche Ergänzung müßte befürwortet werden, wenn eine Rechtfertigung dafür fehlt, daß zwar an die Beweisverbote der §§ 52 und 53 StPO ein Beschlagnahmeverbot geknüpft ist, das Beweisverbot des § 55 StPO in § 97 StPO jedoch keine Beachtung gefunden hat.

Nach den Materialien der Strafprozeßordnung ist das Aussageverweigerungsrecht des § 55 eine Auswirkung des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage gegen sich selbst gezwungen werden kann. ⁶⁾

Nun wird nach der Strafprozeßordnung zwar auf die Aussage des Beschuldigten gegen sich selbst verzichtet; aber nicht verzichtet

1) So aber Göppinger, AM 58, 1326; ders. in NJW 58, 241 (245, Anm. 23), der damit wieder die Wirkung der Einwilligung auf das Beschlagnahmeverbot bestreitet.

2) Eb. Schmidt II, § 97, 2; KMR (Müller), vor § 94, 6a

3) KMR (Sax), vor § 48, 2

4) KMR (Müller), vor § 94, 6, wie sich aus der Nichterwähnung des § 55 ergibt

5) AM 1958, 1326; ders., NJW 1958, 241 (245 Anm. 23)

6) Hahn, Materialien, 3. Band, 1. Abt. S. 208 zu § 45

wird auf die Beschlagnahme von Beweismitteln gegen ihn. Kein Beschuldigter kann verhindern, daß bei ihm Gegenstände, die zu Beweis Zwecken gegen ihn herangezogen werden können, beschlagnahmt und zu seiner Überführung verwendet werden.

Es gibt also nur den Grundsatz, daß niemand sich durch seine Aussage selbst belasten muß, aber nicht den Grundsatz, daß niemand eine ihn belastende Beschlagnahme zu dulden braucht. Auf den Zeugen übertragen hat das zur Folge, daß er zwar die Aussage verweigern darf, wenn er sich selbst belasten müßte, wie § 55 StPO es ihm zugesteht. Aber es ist nicht erforderlich und nicht gerechtfertigt, auch die Beschlagnahme von Beweismitteln bei ihm einzuschränken, selbst wenn diese Beweismittel ihn der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen.

Da es also berechtigt ist, daß das Beweisverbot des § 55 StPO kein Beschlagnahmeverbot nach sich zieht, kommt die *de lege ferenda* eine Ergänzung des § 97 StPO nicht in Betracht.

Betrachtet man den gesamten möglichen Inhalt der Krankengeschichten, so fällt auf, daß neben den Wahrnehmungen von Tatsachen auch eigene Gedanken und Überlegungen des Arztes darin enthalten sein können. Jede Diagnose, jede Kritik an der bisherigen Behandlung oder an dem Patienten ist nicht Wahrnehmung von Tatsachen, sondern eigene geistige Leistung des Arztes. Dünnebler¹⁾ sieht diesen Teil der Krankenpapiere nicht als Zeugen-, sondern als Sachverständigenwissen an mit der Folge, daß schon deshalb eine Beschlagnahme nach § 94 StPO ausgeschlossen sei. Nur bei Untrennbarkeit von beschlagnahmefähigen und -unfähigen Dingen hält er die Beschlagnahme der Krankenblätter generell insgesamt für möglich und damit § 97 für erforderlich.

Kohlhaas²⁾ billigt dem Arzt hinsichtlich dieses Teils ein persönliches, wohlberechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu, hält deshalb die Voraussetzungen einer Beschlagnahme nach § 94 StPO eben-

1) In Löwe-Rosenberg, § 97, 3 c bb

2) In JR 1958, S. 328, u. Berl. Ärzteblatt 1961, S. 582; Göppinger, AM 1958, 1354, argumentiert ebenfalls mit dem Persönlichkeitsrecht des Arztes, um der Entbindung von der Schweigepflicht durch den Berechtigten die Wirkung auf das Verbot des § 97 zu versagen.

falls für nicht gegeben, will aber - im Gegensatz zu Dünnebier - die Beschlagnahme wegen der Untrennbarkeit schon ohne § 97 StPO ganz ausschließen.

Die Betrachtung der eigenen geistigen Leistung des Arztes als Sachverständigenwissen mit der von Dünnebier gezogenen Folge ist nicht stichhaltig. Gerade die Diagnosen, die der Arzt kraft seines Berufswissens aus ihm vorgetragenen Symptomen oder Untersuchungsbefunden stellt, sind Teil der Zeugenaussage des Arztes; es ist das Wissen eines sachverständigen Zeugen, aber nicht eines Sachverständigen im Sinne der Strafprozeßordnung.

Im übrigen müssen Urkunden, die im Strafverfahren als Beweismittel benutzt werden können, nicht Zeugenwissen enthalten. Der Urkundenbeweis ist eine Beweisart neben dem Zeugen- und Sachverständigenbeweis ¹⁾, daher ist es gleichgültig, ob die Urkunde Zeugen- oder Sachverständigenwissen enthält, sofern ihr Inhalt nur geeignet ist, bei der Klärung des Tatbestandes, der Schuld oder sonstiger erheblicher Tatsachen beweisend mitzuwirken ²⁾.

Zwar ist es durchaus denkbar, daß gerade dieser Teil der ärztlichen Aufzeichnungen keinen Beweis erbringen kann, also für das Verfahren "bedeutungslos" ist und damit seine Beweismittleigenschaft im Sinne des § 94 StPO entfällt. Das gilt sicher für Kritiken an anderen Ärzten oder sonstige - in eine Karteikarte gewöhnlich nicht aufzunehmende - persönliche Glossen des Arztes. Es kommt aber nicht darauf an, daß jeder einzelne Satz eines Schriftstückes für Beweiszwecke herangezogen werden kann. Ausschlaggebend ist, daß die Urkunde in ihrer Gesamtheit für die Untersuchung von Bedeutung ist. Jedes Schriftstück, das in einem Strafverfahren als Beweismittel herangezogen wird, wird auch immer beweisunerhebliche Teile enthalten; trotzdem hindert das die Beschlagnahme nach § 94 StPO nicht. Gleiches gilt für die Krankenpapiere. Mögen auch bestimmte Teile in dem konkreten Verfahren keinen Beweis erbringen können, so entfällt doch nicht im ganzen ihre Bedeutung für das Strafverfahren ³⁾.

1) Eb. Schmidt, Kommentar II vor § 244, 4;

2) Eb. Schmidt, Kommentar II, § 86, 4; KMR (Sax), § 249, 1a

3) Ähnlich KMR (Müller), § 97, 8

Der Gedanke, daß der Arzt an diesem Teil der Aufzeichnungen ein eigenes wohlberechtigtes Geheimhaltungsinteresse habe, könnte die Beschlagnahmefähigkeit der Krankenkarteien beeinflussen, wenn der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arztes so weit ausgedehnt wäre.

Verfehlt ist es allerdings, auf das geistige Eigentum des Arztes abzustellen und zu behaupten, es dürfe gegen seinen Willen als Beweismittel nicht benutzt werden ¹⁾. Denn abgesehen davon, daß der gesamte Inhalt der Karteien geistiges Eigentum des Arztes ist, kommt es für die Frage der Beweismittelleiung auf das Eigentum, auch das geistige Eigentum, nicht an.

Anerkannt ist, daß die Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit zu einem Beweisverbot im Strafverfahren führen kann ²⁾. Bereits Beising ³⁾ vertrat die Ansicht, daß ein unlösbarer Widerspruch zwischen dem Strafprozeß und der Menschenwürde ein Beweisverbot nach sich ziehe. Fraglich ist jedoch, wieweit diese Rücksichtnahme reicht. Als Grundsatz gilt, daß die Maßnahmen, die die Strafprozeßordnung vorsieht, nicht bedingungslos in jedem Fall und gegen jeden angewandt werden können, daß es vielmehr der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zwischen den Belangen des Strafverfahrens und dem Eingriff in ein durch das Grundgesetz geschütztes Rechtsgut des einzelnen bedarf ⁴⁾. Dieser Grundsatz findet auch auf die Intimsphäre als Teil der Persönlichkeit Anwendung.

In der sogenannten "Tagebuchentscheidung", die bisher am weitesten dem Persönlichkeitsrecht Beachtung geschenkt hat, stellt der Bundesgerichtshof ⁵⁾ den Grundsatz auf, daß es gegen die Menschenwürde und gegen das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verstößt, wenn Aufzeichnungen, die eng mit der Persönlichkeit des Verfassers verknüpft sind, gegen dessen Willen im Strafverfahren als Beweismittel verwendet werden, es sei denn, die

1) So aber Kohlhaas, JR 58, 328

2) Heinitz, JR 1964 441; Rupp, Gutachten, S. 199; Spendel, NJW 66, 1102 (1106); Kleinknecht, NJW 66, 1537 (1539)

3) Strafrechtl. Abhandl. H. 46, 1903, S. 37

4) BVerfG NJW 1963, 147; NJW 1963, 1597; NJW 1966, 1607

5) BGH NJW 1964, 1139

Belange der Strafrechtspflege gehen im Einzelfall dem Interesse am eigenen Geheimbereich vor. Hier soll nicht die Frage diskutiert werden, ob dieser Entscheidung im konkreten Fall oder auch nur dem dort zum Ausdruck gebrachten Grundsatz zu folgen ist ¹⁾, wobei mit Heinitz ²⁾ davon auszugehen ist, daß man nicht leichten Herzens auf so wertvolle Beweismittel im Kampf gegen das Verbrechen verzichten darf. Denn hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts des Arztes, soweit es durch persönliche Bemerkungen in den Krankenblättern berührt wird, sind schon die Voraussetzungen, die für diesen weitreichenden Schutz der Intimsphäre nach der Rechtsprechung vorliegen müssen, nicht gegeben.

Aufzeichnungen gehören nur dann der unverletzbaren Intimsphäre an, wenn sie als "Stück" der Persönlichkeit anzusehen sind ³⁾, wenn sie eine Auseinandersetzung mit dem eigenen Leben, eine Gedankenäußerung, nur für sich selbst bestimmt, darstellen ⁴⁾. Bereits daran fehlt es, wenn der Arzt persönliche Bemerkungen in Form von Kritiken, Glossen usw. auf Krankenkarteien setzt oder eine eigene geistige Leistung - die Diagnosen - erbringt.

Darüber hinaus besteht Einigkeit, daß mit der Persönlichkeit eng verknüpfte Aufzeichnungen nur dann unter das Beweismittelverbot fallen, wenn sie ihrer Natur nach nicht zur Kenntnisaufnahme durch Dritte bestimmt sind ⁵⁾. Von einer die Menschenwürde verletzenden "seelischen Entblößung" ⁶⁾ kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Aufzeichnung nicht höchstpersönlich ist, sondern ihrem Zweck entsprechend auch von Dritten gelesen werden kann, ja sogar soll.

Die Krankenjournalen dienen der ordnungsgemäßen Behandlung der Patienten. Sie sollen niemals eine innere Auseinandersetzung des Arztes ermöglichen, sondern ihrem Sinn nach lediglich sachliche Kenntnis über die mit der Krankheit des Patienten zusammenhängen-

1) Zweifelfnd Dünnebier, MDR 1964, 965; Heinitz, JR 1964; 421; Sax, JZ 1965, 1; Händel, Anm. zu BGH NJW 64, 1139; Peters, Gutachten zum 46. DJT, Bd. 1, Teil 3 A 91 (153); Spendel, NJW 66, 1102, 1107

2) Heinitz, a.a.O.

3) Dünnebier, a.a.O., S. 967

4) Peters, a.a.O.

5) BGH NJW 1964, 1139; Dünnebier, a.a.O.

6) Peters, a.a.O.

Fragen geben. Sie sind gerade auch dazu bestimmt, Dritte, die Behandlung des Patienten vorübergehend oder endgültig setzen, zu informieren.

Seit dieser Zweck der Krankenblätter verbietet es, auch nur einen Teil der darin enthaltenen Aufzeichnungen des Arztes von der Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Schutz der Intimsphäre anzuwenden, wie Kohlhaas will.

In den bisherigen Erörterungen auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arztes abgestellt worden, liegt es nahe, die Frage nach der Beweismittelleigenschaft der Krankenkarteien im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Patienten zu untersuchen. Daß in den Ausführungen von Kohlhaas nicht auch auf abgestellt wird, erklärt sich aus der Problematik, die zu seiner Argumentation war: nämlich die Wirkung der Entziehung von der Schweigepflicht auf das Beschlagnahmeverbot. Eine Verletzung des - verzichtbaren - Persönlichkeitsrechts scheitert zugleich mit der Einwilligung aus.

Noch ist es nach dem Inhalt der Karteien offensichtlich, daß der Intimbereich des Patienten mehr und eher berühren als das Persönlichkeitsrecht des Arztes, so daß auch eine Prüfung dieser Richtung erforderlich ist.

Die Rücksichtnahme auf die Intimsphäre zu einem Beweisverbot führen kann, ist anerkannt ¹⁾, und ein solches Beweisverbot kann die Eignung der Urkunden zum Beweise ausschließen, da die Urkundstücke, die wegen eines Beweisverbotes im Strafverfahren nicht benutzt werden dürfen, für die Untersuchung nicht von Bedeutung (§ 94 StPO) sind ²⁾. Aber ebenso ist es anerkannt, daß ein Beweisverbot wegen der Rücksichtnahme auf die Intimsphäre aus einer Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im Einzelfall ergeben kann ³⁾. Dieses Erfordernis verbietet es, daraus Schlüsse auf die generelle Verwertbarkeit bestimmter Arten von Beweismitteln - es handelt sich dabei nicht um ein spezielles Pro-

Meinitz, JR 1958, 443 (444); Beling, a.a.O.; Rupp, Gutachten, S. 199; Spendel, NJW 1966, 1102 (1106); Kleinknecht, NJW 1966, 537 (1539)

Ob. Schmidt, Lehrkommentar II, § 97, 2; KMR (Müller) vor § 94, 6a Die in Anm. 1) Genannten

blem der Krankenkarteien als Beweismittel - zu ziehen. Da die jeweilige Interessenkollision entscheidet, ob das Persönlichkeitsrecht vorrangig Schutz verdient oder Interessen der Strafverfolgung überwiegen, kann dieses eventuell im Einzelfall bestehende Beweisverbot keine Wirkung auf die grundsätzliche Eigenschaft der Krankenkarteien haben, Beweismittel im Strafverfahren zu sein. Dieser Gesichtspunkt kann den ärztlichen Aufzeichnungen nicht stets ihre Bedeutung für das Strafverfahren nehmen und schon eine Anwendung des § 94 StPO verbieten.

Die Untersuchung, ob Krankenblätter ihrer Natur nach überhaupt zu Beweiszwecken geeignet sind, hat gezeigt, daß sie Beweismittel im Sinne des § 94 StPO sind, die einer Beschlagnahme nach dieser Vorschrift unterliegen könnten.

Zu Recht werden daher unter die Aufzeichnungen des § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO Krankenjournale gerechnet. Ohne das in dieser Vorschrift statuierte Beschlagnahmeverbot könnten die Papiere jederzeit nach § 94 StPO beschlagnahmt werden.

II. Wirkung des Beschlagnahmeverbots

Nachdem festgestellt ist, was im einzelnen unter das Beschlagnahmeverbot fällt, soll als nächstes untersucht werden, welche Wirkung das Verbot nach sich zieht.

1. Beweisverbot

§ 97 Abs. 1 StPO bestimmt, daß die dort genannten Gegenstände der Beschlagnahme nicht unterliegen. Da die Beweismittel also nicht gegen den Willen der Berechtigten in die Hände der Strafverfolgungsbehörde gelangen dürfen - nach § 95 Abs. 2 Satz 2 StPO entfällt auch eine Anwendung von Zwangsmitteln, um die Herausgabe durchzusetzen, und im gleichen Umfang ist eine Durchsuchung zur Erlangung dieser unter § 97 Abs. 1 StPO fallenden Beweisstücke verboten¹⁾ -, ist damit gleichzeitig ihre Benutzung zu Beweiszwecken im Strafverfahren untersagt. Das Beschlagnahmeverbot enthält daher zugleich ein Beweisverbot²⁾. Bei den Beweisverboten

1) Eb. Schmidt, Lehrk. Nachtragsband I, § 97, 22

2) h.M. z.B. RGSt 47, 195; Löwe-Rosenberg, § 97 5a; Eb. Schmidt, Lehrk. Nachtragsb. I, § 97, 2; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9

unterscheidet man Beweistatsachenverbote, Beweismittelverbote und Beweisverfahrensverbote ¹⁾. Damit wird die Gewinnung von Beweisen entweder in bezug auf ein bestimmtes Beweissthema, durch ein bestimmtes Beweismittel - wie in § 97 StPO - oder durch ein bestimmtes Verfahren verhindert. Das Beweismittelverbot des § 97 bewirkt, daß eine Beschlagnahme der dort genannten Gegenstände weder beantragt noch angeordnet werden darf und der Richter jeden Antrag auf Erlaß eines Beschlagnahmebeschlusses ablehnen muß ²⁾.

Ist die Wirkung des Beschlagnahmeverbotes insoweit unproblematisch, so treten Schwierigkeiten auf, wenn entgegen dem Verbot des § 97 dennoch beschlagnahmt worden ist.

Fraglich ist, ob und inwieweit das unter Verstoß gegen § 97 StPO gewonnene Beweismittel im Strafverfahren benutzt werden darf.

2. Verwertungsverbot

a) Für das laufende Verfahren

Wäre die Verwertung des unter Mißachtung eines Beweisverbots gewonnenen Beweisergebnisses zulässig, würde damit das Beweisverbot weitestgehend seinen Sinn verfehlen: nämlich das konkrete Beweismittel für die Aufklärung der Straftat auszuschließen. Infolgedessen muß ein Beweisverbot, das die Beweiserhebung durch Ausschluß einer Beweistatsache, eines Beweismittels oder Beweisverfahrens einschränkt, stets gleichzeitig ein Verwertungsverbot enthalten ³⁾.

Von diesen qualifizierten Beweisverboten sind die einfachen Beweisverbote, die die Beweiserhebung nicht einschränken, sondern nur regeln, zu unterscheiden. Wird der Beweis unter Verstoß gegen eine Beweisregel erhoben, ist kein Verwertungsverbot erforderlich, da nicht die Beweisgewinnung schlechthin unzulässig war,

1) Spendel, NJW 1966, 1102; Kleinknecht, NJW 1966, 1537; Grünwald, JZ 1966, 489; Klug, Referat z. 46. DJT, Bd. 2, F 31; Peters, Gutachten, Bd. 1, S. 94

2) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5b

3) KMR (Müller) vor § 94, 6a; Kleinknecht, NJW 1966, 1538; Spendel, NJW 1966, 1102 (1108); Klug, Ref., F 31; Peters, Gutachten, S. 100

sondern nur bestimmte Förmlichkeiten außer acht gelassen wurden ¹⁾. Wird z. B. die Beschlagnahme ohne Gefahr im Verzug von einem Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft angeordnet, liegt zwar ein Verstoß gegen § 98 Abs. 1 StPO vor, aber dennoch kann das beschlagnahmte Beweismittel im Verfahren verwendet werden, weil es jederzeit - bei Beachtung des § 98 StPO - hätte beschlagnahmt werden dürfen ²⁾.

Da § 97 StPO die Beschlagnahme der dort angeführten Beweismittel schlechthin verbietet und nicht nur eine bestimmte Form vorschreibt, bedeutet die Vorschrift ein qualifiziertes (zwingendes, absolutes) Beweisverbot, das neben dem Beweisgewinnungsverbot zugleich ein Verwertungsverbot enthält ³⁾.

Das Verwertungsverbot hat die Wirkung, daß das Beweisergebnis bzw. das Beweismittel in keiner Weise in dem Strafverfahren zu Beweis-zwecken herangezogen werden darf.

Das betrifft nicht nur den Inhalt der Schriftstücke, sondern bezieht sich ebenso auf den Gegenstand, so daß auch eine Benutzung zum Schriftvergleich ausgeschlossen ist ⁴⁾. § 97 StPO bedeutet zwar eine Ergänzung zu § 53 StPO und bezieht sich auf das schriftlich niedergelegte Wissen. Daraus aber zu schließen, daß eine Verwertung nur verboten ist, soweit dieses "Wissen" in Frage kommt, also der Inhalt der Schriftstücke interessiert, ein Schriftvergleich dagegen möglich ist ⁵⁾, ist nicht berechtigt.

Die §§ 52 und 53 StPO schließen die unfreiwillige Benutzung der dort genannten Verwandten und Berufsangehörigen für den Zeugenbeweis aus. Soweit eine Mitwirkung an dem Strafverfahren durch eine körperliche Untersuchung in Frage kommt, können die Zeugnisverweigerungsberechtigten diese Mitwirkung nach § 81 c Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 3 StPO ebenfalls verweigern. Auch in die-

1) KMR, a.a.O., Peters, a.a.O., Kleinknecht, a.a.O., der zwischen einfachen und qualifizierten Beweisverboten unterscheidet; Spendel, a.a.O., der in zwingende und Ordnungsvorschriften einteilt; Klug, a.a.O., der sie absolute und relative nennt.

2) Kleinknecht, a.a.O.

3) h.M. KMR (Müller), vor § 94 6d; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5b; Eb. Schmidt, Lehrk., II Anhang, § 94 14; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9

4) So schon RG St 20, 91; Eb. Schmidt Lehrkommentar I, § 97, 1; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5 b

5) KMR (Müller) vor § 94, 6 d

dem "persönlichen" Bereich wird also nicht nur auf eine Beteiligung der Zeugnisverweigerungsberechtigten verzichtet, wenn es um das Wissen der Zeugen geht, sondern auch dann, wenn ein "Augenschein" im weitesten Sinn in Betracht kommt. Daher besteht kein Anlaß, die in § 97 StPO genannten Schriftstücke nur dann von der Verwertung auszuschließen, wenn der Inhalt zu Beweiswecken verwendet werden soll, nicht aber auch dann, wenn das äußere interessiert.

Hinzu kommt, daß das Beschlagnahmeverbot sich gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf bestimmte Gegenstände erstreckt, die überwiegend nur durch Augenschein im Verfahren verwertet werden können. Da § 97 Abs. 1 und 2 eine Einschränkung auf ein Verbot des Urkundenbeweises nicht enthält, liegt die Schlußfolgerung auf der Hand, daß die in § 97 genannten Schriftstücke und sonstigen Gegenstände einer Verwertung sowohl durch Urkunden- als auch durch Augenscheinbeweis entzogen sind ¹⁾.

Das Verwertungsverbot hat zur Folge, daß jede unzulässig erfolgte Beschlagnahme rückgängig zu machen ist und die beschlagnahmten Beweisstücke wieder herausgegeben werden müssen ²⁾.

Die Schriftstücke dürfen weder unmittelbar noch mittelbar zum Beweise benutzt werden. So darf auch der Inhalt der beschlagnahmten Urkunden nicht durch Vernehmung z. B. des Richters, der die Papierge nach § 110 StPO durchgelesen hat, in den Prozeß eingeführt werden ³⁾.

Wird die Unzulässigkeit der Beschlagnahme erst nach der Verlesung der Schriftstücke in der Hauptverhandlung festgestellt, darf der Inhalt dennoch nicht verwertet werden. Fällt es dem erkennenden Richter schwer, trotz der Kenntnis bestimmter Tatsachen diese bei der Urteilsfällung außer acht zu lassen, kommt eine Selbstablehnung nach § 30 StPO in Betracht ⁴⁾.

1) So ausdrücklich Eb. Schmidt, Lehrk. Nachtragsband I, § 97, 4

2) Eb. Schmidt, a.a.O.

3) Löwe-Rosenberg, (Dünnebier), § 97, 5 b; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9

4) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5 c

Außerordentlich schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob neue Beweismittel, die sich erst aus dem unzulässig beschlagnahmten Schriftstück ergeben, für das weitere Verfahren benutzt werden dürfen. Im Rahmen des § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO, der für durch unzulässige Vernehmungsmethoden erhaltene Aussagen ein Verwertungsverbot statuiert, wird größtenteils die Ansicht vertreten, daß nur die Aussage selbst, aber nicht die auf Grund der Aussage bekannt gewordenen selbständigen Beweismittel unverwertbar werden ¹⁾.

Dabei wird überwiegend auf die Belange der Strafrechtspflege verwiesen, die durch ein Verwertungsverbot, das sich auch auf die erst durch die Aussage erlangten Beweismittel erstreckt, unerträglich beeinträchtigt würden ²⁾. Die Fernwirkung der Beweisverbote würde darüber hinaus zu schwierigen, wenn nicht unmöglichen Kausalitätsprüfungen führen, da festgestellt werden müßte, ob das neue Beweismittel nur durch die unzulässige Aussage gefunden worden sei oder auch ohne diese Hinweise gewonnen worden wäre ³⁾.

Aus dem Wortlaut des § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO ergebe sich, daß die Verletzung des Verwertungsverbots selbst nicht wieder ein Verwertungsverbot begründe. Die Vorschrift verbiete nur die Verwertung in "prozeßförmiger" Weise. Die Ausnutzung des Wissens eines Prozeßsubjekts sei aber keine solche "prozeßförmige" Verwertung, ebensowenig wie das bloße Wissen allein prozessual verwertbar sei ⁴⁾.

Trotz dieser Argumente läßt sich nicht darüber hinwegsehen, daß die Verwendung des neuen Beweismittels eine Auswertung der unverwertbaren Aussage ist ⁵⁾. Soll mit der Unverwertbarkeit der unzulässig erlangten Aussage Ernst gemacht werden, muß sie als nicht geschehen behandelt werden und demnach jeder Anhaltspunkt, der sich aus der Aussage ergibt, unbeachtet bleiben. Gerade mit

1) Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 a, 7; KMR (Müller), § 136a, 4a; Schwarz-Kleinknecht, § 136a, 5; Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1544); Baumann, GA 1959, 33 (42); Peters, Gutachten, S. 99; Sarstedt, Referat, Bd. 2, F 23; Heinitz, Diskussionen in Verhöl. des 46. DJT Bd 2, F 136

2) Z.B. Heinitz, a.a.O.

3) Sarstedt, a.a.O.; Kleinknecht, a.a.O.

4) Baumann, GA 1959, 33 (41, 42)

5) Klug, Referat, F. 46; Sendler, S. 39

der Behauptung, daß die Aussage des Dritten ihrerseits nicht "unter" Verletzung des § 136 a StPO erfolge und die Ausnutzung des Wissens der Verfolgungsbehörde keine verbotene Verwertung darstelle ¹⁾, könnte ebensogut die Vernehmung der Verhörsperson zugelassen werden, was ein deutlicher Verstoß gegen § 136 a wäre.

Sinn der Vorschrift ist es, den Strafprozeß in seiner Gesamtheit "integer" zu halten. Diese Integrität wäre nicht gewahrt, wenn die mittelbaren Ergebnisse der unzulässig erlangten Aussage benutzt werden könnten ²⁾.

Sendler ³⁾ weist im übrigen darauf hin, daß in der Regel die neuen, erst durch die Aussage gefundenen Beweismittel nur die Richtigkeit des unverwertbaren Geständnisses bestätigen und ohne die Angaben des Beschuldigten allein nicht geeignet wären, Beweis zu erbringen ⁴⁾. Da die unzulässig erhaltene Aussage aber auch dann nicht verwertet werden darf, wenn ihre Richtigkeit anderweitig bestätigt wird, muß auch dieser Gesichtspunkt zu einem Verwertungsverbot für die erst durch die Aussage gefundenen Beweismittel führen ⁵⁾. Zuzugeben ist, daß durch das so verstandene Verwertungsverbot in der Praxis Schwierigkeiten auftreten mögen. Aber wenn die strikte Einhaltung des Verbots unzulässiger Vernehmungen im Interesse der Rechtsstaatlichkeit erreicht werden soll, müssen solche Schwierigkeiten in Kauf genommen werden. Ein Zusammenbruch der Strafrechtspflege und ein Überhandnehmen von ungesühnten Straftaten wird mit dieser Auslegung ebensowenig verursacht wie mit dem Verzicht auf die in § 136 a StPO genannten Vernehmungsmethoden selbst.

1) Baumann, a.a.O.

2) Klug, Referat, F 46

3) Seite 42

4) Nach Sendler ist das Auffinden der Leiche an dem in dem Geständnis genannten Ort für sich allein kein Indiz für die Täterschaft, noch nicht einmal dann, wenn ein Messer des Angeklagten neben ihr gefunden wird. Ohne das unverwertbare Geständnis müßte der Angeklagte mangels Beweises freigesprochen werden.

5) Sendler, a.a.O.; im Erg. ebenso Spendel, NJW 66, 1102 (1105); ders., JuS 64, 471; Peters, Lehrb. 263; Klug, F 46; für das amerikanische Recht Mueller, Gutachten, S. 33 ff: "poisoned fruits of a poisoned tree"

Obwohl im Rahmen des Beschlagnahmeverbots die gleiche Problematik auftritt, wird sie in diesem Zusammenhang wenig erörtert ¹⁾.

Auch hier muß dasselbe gelten wie für das Verwertungsverbot des § 136 a StPO. Wollte man die Verwendung der infolge einer unzulässigen Beschlagnahme bekanntgewordenen neuen Beweismittel zulassen, dürfte die Strafverfolgungsbehörde aus einer rechtswidrigen Handlung Profit schlagen und hätte die Beschlagnahme Erfolg. Mit derselben Begründung, mit der die unmittelbare Verwertung des unzulässig erlangten Beweismittels ausgeschlossen wird, muß auch die Benutzung weiterer, durch die unzulässige Beschlagnahme bekanntgewordener Beweismittel, worin eine mittelbare Verwertung des ersten Beweisstückes zu sehen wäre, ausgeschlossen sein. Denn durch die unfreiwillige Bekanntgabe von weiteren Beweismitteln würde der Arzt auch gezwungen werden, seine Schweigepflicht zu verletzen, und damit wäre das Vertrauen der Allgemeinheit enttäuscht ²⁾.

b) Für jedes weitere Verfahren

Darf somit das entgegen § 97 StPO beschlagnahmte Schriftstück weder unmittelbar noch mittelbar in dem Verfahren, in dem die Beschlagnahme unzulässigerweise erfolgte, zu Beweiszwecken benutzt werden, so ist doch fraglich, wie ein sich aus diesem Beweisstück ergebender Anhaltspunkt für eine weitere unabhängige Straftat zu behandeln ist.

Muß dieser Hinweis ebenfalls unbeachtet bleiben oder zwingt das Legalitätsprinzip zu einer Verfolgung der durch die rechtswidrige Beschlagnahme bekanntgewordenen Straftat? Aus § 152 Abs. 2 StPO ergibt sich keine Antwort auf diese Frage, da dort lediglich bestimmt wird, daß wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten ist, sofern tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Auf die Herkunft der Kenntnis wird nicht abgestellt.

1) Lediglich KMR (Müller) vor § 94, 6 d hält auch hier die Benutzung der neuen Beweismittel für zulässig.

2) Sendler, S. 46

Wenn der Makel der rechtswidrigen Beschlagnahme aber schon zu einem Verwertungsverbot in dem laufenden Verfahren führt, so muß er ebenfalls und erst recht ein Verwertungsverbot für jedes weitere Verfahren hervorrufen. Es wäre unberechtigt, die Verwertung des unzulässig erlangten Beweismittels nur teilweise auszuschließen, nämlich nur in bezug auf das laufende Verfahren, im übrigen aber zu gestatten, Profit aus dem Verstoß gegen zwingende gesetzliche Vorschriften zu schlagen.

Das sich aus § 97 StPO ergebende Beweisverwertungsverbot verbietet daher auch, Hinweise auf eine weitere Straftat, die sich aus dem rechtswidrig erlangten Beweisstück ersehen lassen, zu verfolgen und aus ihnen den für die Einleitung von Ermittlungen notwendigen Anfangsverdacht zu entnehmen ¹⁾.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob bei der Verfolgung der weiteren Straftat das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO ebenfalls eingreifen würde oder nicht. Entscheidend ist allein, daß der Anfangsverdacht unter Mißachtung zwingender strafprozessualer Vorschriften erhalten wurde.

Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, daß sich nämlich der Anfangsverdacht für eine weitere Straftat aus einem zulässig beschlagnahmten Beweisstück ergibt, dieses Beweisstück jedoch in dem weiteren Verfahren gemäß § 97 StPO nicht beschlagnahmt und verwertet werden dürfte; z.B. kann ein Krankenblatt bei einem Arzt wegen dessen Teilnahme- oder Begünstigungsverdachts hinsichtlich der angeklagten Straftat des Patienten zulässig beschlagnahmt worden sein, aus dem sich andere strafbare Handlungen des Patienten ergeben, an denen der Arzt aber nicht beteiligt ist und für die daher die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht gilt.

Hier wurde die Kenntnis der zweiten Straftat prozessual nicht angreifbar erlangt. Könnte nun eine Ermittlung eingeleitet und das Beweismittel verwertet werden, obwohl in dem zweiten Ver-

1) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9; im Rahmen des § 136 a, wo das gleiche Problem auftreten kann, wird diese Frage - soweit ersichtlich - nicht behandelt.

fahren das Beweisstück, aus dem sich der Anfangsverdacht ergab, unter das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO fällt ?

Wenn die Beschlagnahme der in § 97 StPO genannten Schriftstücke und sonstigen Gegenstände im Einzelfall zulässig ist, so entfällt zwar damit das in § 97 enthaltene Beweis- und Verwertungsverbot, und die Beweisstücke können wie jedes andere Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß das Beweisverbot schlechthin ein für allemal entfallen ist. Denn der Grund dafür, daß die Beschlagnahme entgegen § 97 zulässig war, ist in dem jeweiligen Verfahren zu finden, in dem entweder z. B. der Teilnahmeverdacht des Zeugnisverweigerungsberechtigten oder die Einwilligung zur Beschlagnahme vorlag. Die Ausnahmen von dem Beschlagnahmeverbot hängen mit einer bestimmten Tat des Beschuldigten zusammen ¹⁾, so daß die Verwertbarkeit der unter § 97 StPO fallenden Beweismittel auch nur für diese bestimmte Tat gegeben ist. Im übrigen bleibt das Beweis- und Verwertungsverbot bestehen ²⁾.

Für jede Tat, verstanden im verfahrensrechtlichen Sinne als zusammengehöriges, einheitlich historisches Ereignis ³⁾, muß gesondert geprüft werden, ob das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO entfällt oder Geltung hat. Nur wenn auch in dem weiteren Verfahren die Voraussetzungen für ein Beschlagnahmeverbot fehlen, kann das in dem ersten Verfahren zulässig beschlagnahmte Beweismittel auch in dem folgenden verwertet werden. Wäre dagegen in dem zweiten Verfahren eine Beschlagnahme durch § 97 StPO ausgeschlossen, kommt eine Verwertung des Beweismittels auch dann nicht in Betracht, wenn es sich bereits durch eine in dem vorhergehenden Verfahren zulässige Beschlagnahme in den

1) Anders, wenn eine Zustimmung zur Verwertung der Beweismittel für jedes mögliche Verfahren vorliegt, was jedoch kaum vorkommen wird, anders auch bei der von § 97 Abs. 2 zugelassenen Beschlagnahme, wenn die Beweisstücke nicht im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten sind, da dann das Beweisverbot ohne Rücksicht auf die jeweilige Tat entfällt.

2) BGH NJW 1963, 870 für den Teilnahmeverdacht

3) BGH NJW 1963, 870

nden der Strafverfolgungsbehörde befindet.

teht danach fest, daß ein zulässig beschlagnahmtes Beweisstück in einem späteren Verfahren, in dem § 97 StPO gilt, nicht zum Beweis verwendet werden darf ¹⁾, so ist damit zugleich die eingangs gestellte Frage, ob der für die Einleitung von Ermittlungen erforderliche Anfangsverdacht für die zweite Straftat unbeachtet bleiben muß oder nicht, beantwortet.

Die beschlagnahmten Beweisstücke nur für das jeweils anhängige, nicht jedoch für ein anderes Verfahren verwendet werden dürfen, daß alles das, was nur für das weitere Verfahren von Bedeutung wäre, so behandelt werden, als ob die Beschlagnahme gar nicht stattgefunden hätte ²⁾. Die Strafverfolgungsbehörde darf die beschlagnahmten Beweismittel nur im Hinblick auf das laufende Verfahren, in dem § 97 nicht gilt, sehen und muß den übrigen, dafür nicht interessierenden Teil unbeachtet lassen, auch soweit sich ein Verdacht für eine andere Straftat ergibt. Das Verwertungsverbot, das § 97 StPO für die neue Straftat enthält, wäre unvollkommen, wenn das nicht verwertbare Beweisstück die Einleitung der Ermittlung herbeiführen und damit indirekt auch zur Verfolgung und eventuell Verurteilung des Beschuldigten beitragen würde.

Das in § 97 enthaltene Verbot muß daher auch in diesem Fall für den Anfangsverdacht Wirkung haben und eine Einleitung von Ermittlungen in Richtung auf die zweite selbständige Straftat verbieten ³⁾.

1) Bei der unzulässig gewordenen Beschlagnahme

Die Wirkung des Verwertungsverbots in § 97 StPO ist dann besonders problematisch, wenn die Beschlagnahme ursprünglich zwar zulässig war, die Voraussetzungen der Zulässigkeit nach erfolgter Beschlagnahme aber wegfallen.

¹⁾ BGH, a.a.O.; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9; KMR (Müller), § 97, 2 d; Herdegen, GA 1963, 141; Kohlhaas, NJW 1964, 1162; ders., NJW 1962, 670; ders., Berl. Arztebl. 1963, 360: "neuer Wind in ein unbefriedigend gelöstes Rechtsgebiet".

²⁾ Kohlhaas, NJW 1962, 670 (671)

³⁾ OLG Celle, NJW 1963, 406 (408); Herdegen, a.a.O. "Ausdruck des Bemühens um ein faires Verhalten"; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 9; Kohlhaas, NJW 62, 670; ders., NJW 64, 1162

Zu denken ist dabei an die Einwilligung des Gewahrsamsinhabers in die Beschlagnahme und die Entbindung von der Schweigepflicht durch den Berechtigten sowie den Widerruf dieser Erklärungen.

Da das Beschlagnahmeverbot an die Regelung des Zeugnisverweigerungsrechts angelehnt ist, der Zeugnisverweigerungsberechtigte von seinem Recht nur Gebrauch machen kann, aber nicht muß, wird daraus auch die Zulässigkeit eines Verzichts des Gewahrsamsinhabers auf das Beschlagnahmeverbot gefolgert ¹⁾. Ob mit der Entbindung von der Schweigepflicht das Beschlagnahmeverbot des § 97 entfällt, ist zwar streitig ²⁾, soll hier aber ohne weitere Prüfung angenommen werden.

In beiden Fällen ist dann eine Beschlagnahme zulässig. Der Widerruf des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht ist ausdrücklich nur in § 52 Abs. 2 StPO zugelassen. Entsprechendes gilt aber auch für den Widerruf des Verzichts auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO und für den Widerruf der Entbindungserklärung des § 53 Abs. 2 StPO. Ebenso wie der Zeuge (Berechtigte) seine Bereitschaft auszusagen (zu entbinden) erst im Verlaufe der Verhandlung entgegen seinem früheren Verhalten erklären kann, darf er seine anfängliche Bereitschaft auszusagen rückgängig machen ³⁾. Ist weder der Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht noch die Entbindung von der Schweigepflicht im Rahmen des § 53 StPO endgültig, so muß in bezug auf das Beschlagnahmeverbot, das eine Ergänzung zum Zeugnisverweigerungsrecht darstellt, ebenfalls der Widerruf der Einverständniserklärung des Gewahrsamsinhabers und des Entbindungsberechtigten zulässig sein ⁴⁾. Denn da nach dem Widerruf der Aussagebereitschaft bzw. Entbindungserklärung das Zeugnis wieder verweigert werden kann, würde der Zweck des § 97 StPO, eine Umgehung der §§ 52, 53 durch Gebrauch des schriftlich niedergelegten Wissens zu verhindern, nicht erreicht, wenn nicht auch die Zu-

1) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5 d; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 B; Herdegen, GA 63, 141

2) Die Erörterungen zu diesem Problem folgen in einem besonderen Abschnitt.

3) RG St 57, 63 (66); RG St 63, 302; OLG Hamburg, NJW 62, 689 (691); Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11 c; Eb. Schmidt, § 53, 30; KMR (Sax), § 53, 2 b

4) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 5 d; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 B; Herdegen, GA 1963, 141 (145)

Bestimmung zur Beschlagnahme rückgängig gemacht werden könnte.

Der Widerruf der Einwilligung des Gewahrsamsinhabers und der Entbindung hat zur Folge, daß das Beschlagnahmeverbot erneut besteht und die schon erfolgte Beschlagnahme rückgängig gemacht werden muß.

Unproblematisch sind die Fälle, in denen der Inhalt der beschlaggenommenen Urkunden noch nicht bekanntgeworden ist. Da durch den Widerruf jede weitere Bekanntgabe unzulässig wird, entsteht die gleiche Situation wie bei der von Anfang an unzulässigen Beschlagnahme.

Was geschieht aber, wenn der Widerruf erst nach der Kenntnisnahme von dem Inhalt der Urkunden, z. B. durch den Richter, - entsprechend für das Zeugnisverweigerungsrecht nach der Vernehmung durch eine Verhörsperson - erfolgt ?

Nur wenn der Widerruf in vollem Umfang zurückwirkt, müßte das Verwertungsverbot ebenso gelten wie bei der von Anfang an unzulässigen Beschlagnahme.

Nun gibt es aber weder im Abschnitt über das Zeugnisverweigerungsrecht noch in dem über das Beschlagnahmeverbot eine gesetzliche Bestimmung, aus der sich die Wirkung des Widerrufs ergibt. Lediglich in § 252 StPO, der im Abschnitt über die Durchführung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung steht, wird verboten, die Aussage eines Zeugen zu verlesen, der vor der Hauptverhandlung vernommen worden ist, aber erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.

Welche Bedeutung diese Bestimmung für das vorliegende Problem hat, ist streitig. Sieht man in § 252 StPO entsprechend dem Wortlaut nur das Verbot, das Vernehmungsprotokoll zu verlesen, und läßt jede sonst mögliche Einführung der früheren Aussage des jetzt das Zeugnis verweigernden Zeugen in die Hauptverhandlung zu ¹⁾, hat der Widerruf keine Rückwirkung und schließt die Verwertung der Aussage nicht aus. Hält man dagegen § 252

1) RG in stdg. Rspr. z.B. RG St 70, 6; 72, 222; heute noch KMR (Sax) vor § 48 II 1 u. 3; Sarstedt, Referat F 25; er bestreitet den praktischen Wert des Verwertungsverbots, da die Aussage schon ihre Wirkung getan habe.

für ein Verwertungsverbot, durch das jedes Zurückgreifen auf die Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten ausgeschlossen wird, wirkt der Widerruf zurück ¹⁾.

Der Bundesgerichtshof ²⁾ hat sich weder für die eine noch für die andere Möglichkeit entschieden, sondern einen Mittelweg eingeschlagen, der praktischen Bedürfnissen der Strafverfolgung entsprechen mag. Er betont zwar in ständiger Rechtsprechung daß § 252 StPO ein Verwertungsverbot enthält mit der Folge, daß die frühere Aussage des Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung sein Zeugnis verweigert, weder durch Verlesung des Vernehmungsprotokolls noch durch die Aussage des vernehmenden oder sonst anwesenden Beamten in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf. Eine Ausnahme wird aber hinsichtlich der richterlichen Verhörsperson gemacht. Diese dürfen über die Aussage des Zeugen vernommen werden, wenn sie ihn bei der Vernehmung über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt haben. Damit wird in § 252 StPO ein beschränktes Verwertungsverbot gesehen und dem Widerruf nur teilweise rückwirkende Bedeutung zuerkannt. Ob dieses so beschränkte Verwertungsverbot, das auf die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht abstellt und in erster Linie für die Zeugen des § 52 StPO entwickelt worden ist, gleichermaßen auf die Berufsangehörigen des § 53 StPO und ebenso auf die beschlagnahmten Schriftstücke Anwendung findet, ist ungeklärt und zweifelhaft, weil eine Belehrung der in § 53 Abs. Nr. 1-3 StPO Genannten nicht vorgesehen ist. Lediglich für die Aussage, die ein Arzt nach der Entbindung von der Schweigepflicht

1) Eb. Schmidt, Lehr. II 252, 2; Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Peters, Gutachten, S. 118; Spendel, NJW 66, 1102 (1105); Seydel, NJW 66, 740; Michaelis, NJW 66, 117

2) Erstmalig BGH St 2, 99; stdg. Rspr. z.B. BGH St NJW 58, 268; 919; 60, 584; 62, 1875; 66, 740, 67, 222; zustimmend Löwe-Rosenberg (Geier), § 252, 2; Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11 C

Ermittlungsverfahren gemacht hat, vertritt der Bundesgerichts-
1) die Ansicht, daß sie trotz eines Widerrufs der Entbin-
dungserklärung vor der Hauptverhandlung in dieser unbeschränkt
verwertet werden dürfe, weil den Ärzten zum Zeitpunkt der Aus-
sage wegen der Entbindung gar kein Zeugnisverweigerungsrecht
zugestanden habe. In dieser Entscheidung wird aber gerade die
interessierende und ausschlaggebende Frage, welche Wirkung
dem Widerruf des Berechtigten zukommt, nicht beantwortet. Denn
der spätere Widerruf der Entbindung aus einer analogen An-
ordnung der Vorschrift über die spätere Zeugnisverweigerung
folgt, muß in beiden Fällen der Widerruf auch dieselbe Wirkung
hervorrufen, also je nach der Auslegung des § 252 StPO gar keine
oder volle Rückwirkung haben oder nur eingeschränkt zurückwir-
ken, wie es die Rechtsprechung annimmt.

Nach der Ansicht der Rechtsprechung, § 252 enthalte ein einge-
schränktes Verwertungsverbot, kann nicht gefolgt werden. Denn
daß die Vorschrift ein Verwertungsverbot zum Inhalt hat, was
das Bundesgerichtshof stets betont, dann muß es sich auf jede
Verwertung der bisherigen Aussage erstrecken. Die Verwertung ist
jedoch nicht ausgeschlossen, wenn man mit dem Bundesgerichtshof
einer richterliche Verhörsperson über die Aussage vernehmen kann.
Dies wird durch eine "Hintertür" die Verwertung einer unverwert-
baren Aussage ermöglicht 2). Noch augenfälliger wird die Umgehung
des § 252 StPO, wenn sogar die Verlesung des Vernehmungsprotokolls
für zulässig gehalten wird, um dem Vernehmungsrichter die frühere
Aussage in die Erinnerung zurückzurufen 3).

Dies bedeutet einen Widerspruch in sich, wenn am Anfang behauptet
wird, der Zeuge müsse den Willen, von seinem Zeugnisverweigerungs-
recht keinen Gebrauch zu machen und an der Überführung seines
Verwandten (Patienten) mitzuwirken, auch noch in der Hauptver-
handlung als dem wichtigsten Teil des Strafverfahrens haben und
deshalb ordne § 252 die Unverwertbarkeit der früheren Aussage an,

BGH St 18, 146; zustimmend Schwarz-Kleinknecht, § 53, 11 C
Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 252, 6 und 7
BGH, NJW 58, 919

falls dieser Wille in der Hauptverhandlung fehle ¹⁾, dann aber fortgefahren wird, Interessen des Zeugen würden nicht berührt, wenn seine vor der Hauptverhandlung nach Belehrung gemachte Aussage verwertet werde, da er unter freiwilligem Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht ausgesagt habe und einem Interessenkonflikt nicht ausgesetzt gewesen sei ²⁾. Nur einer von den beiden Gedanken kann richtig sein. Entweder ist für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts die Hauptverhandlung entscheidend, dann muß die frühere Aussage als nicht existent betrachtet werden, oder der Zeuge kann die Folgen seiner Aussage, die er im Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechts im Ermittlungsverfahren gemacht hat, nicht vermeiden, dann kommt es gerade nicht auf die Hauptverhandlung allein an und jede Reproduktion der früheren Aussage ist zulässig.

Hinzu kommt, daß die Pflicht, die Zeugen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren, mit der die Zulässigkeit der Vernehmung zwar des Ermittlungsrichters, aber nicht der Polizeibeamten ursprünglich begründet wurde, inzwischen auch den Beamten des Polizeidienstes auferlegt worden ist, (§ 163a Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Der Argumentation, daß der Zeuge infolge der Belehrung das ihm zustehende Zeugnisverweigerungsrecht zwar stets bei seiner freiwilligen Aussage vor dem Richter, aber nicht vor der Polizei kenne, ist damit der Boden entzogen ³⁾.

Auch die zweite Begründung für das eingeschränkte Verwertungsverbot, die der Bundesgerichtshof ⁴⁾ nach der Neuregelung der Belehrungspflicht gibt, trägt die Ansicht nicht, daß nur der Ermittlungsrichter, nicht der Polizist, als Zeuge vom Hörensagen über die frühere Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten in Betracht kommt. Zwar stimmt es, daß vom Gesetzgeber richterliche und polizeiliche Vernehmungsprotokolle unterschiedlich bewertet werden; daraus aber zu folgern, daß der richterlichen Verhörsper-

1) BGH St 2, 99 ff, zustimmend Eb. Schmidt, § 252 1; Löwe-Rosenberg (Dünnebieber), § 97, 5d; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 B

2) BGH, a.a.O., 106 ff

3) Spendel, NJW 1966, 1102 (1105); Kohlhaas, NJW 1965, 1255; der NJW 1967, 958 (960); Michaelis, Anm. zu BayObLG 1966, 117

4) BGH NJW 1967, 1094

stets größeres Vertrauen bei der Wiedergabe einer Zeugnisaussage aus der eigenen Erinnerung entgegenzubringen sei als von sonstigen Verhörspersonen ¹⁾, erscheint nicht stichhaltig. Abgesehen davon, daß die Frage der Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen vom Hörensagen, wozu alle Vernehmungsbeteiligten rechnen, erst eine Frage der Beweiswürdigung, nicht schon eine der Zulässigkeit eines Beweismittels ist, muß bezweifelt werden, daß der Vernehmungsrichter, der eben nicht den Inhalt des Protokolls, sondern die Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten aus seiner Erinnerung wiedergeben soll, sich im Einzelfall stets verlässlicher an die Aussage erinnert als der vernehmende Polizist ²⁾. Das Gegenteil ist wahrscheinlicher, beschränkt man, daß die Beamten des Polizeidienstes in der Regel die Ermittlungen in ihrer Gesamtheit führen, dem Amtsrichter gemäß § 162 StPO aber nur einzelne richterliche Untersuchungshandlungen obliegen. Mit dem eingeschränkten Verwertungsverbot nimmt der Bundesgerichtshof eine Diskriminierung aller nicht richterlichen Verhörspersonen in grundsätzlicher Weise vor, die nicht gerechtfertigt ist ³⁾. Mit der Behauptung, der zeugnisverweigerungsrechtliche Zeuge habe nur zwei Möglichkeiten, entweder zuzusagen oder seine Aussage zu verweigern, eine dritte, den Umfang der Verwertbarkeit zu bestimmen, habe er nicht ⁴⁾, entlehnt der Bundesgerichtshof sowohl seiner Annahme, § 252 enthalte ein Verwertungsverbot, als auch der Ansicht, nur die richterlichen Verhörspersonen könnten vernommen werden, den Boden. Damit wäre nämlich jede Reproduktion der einmal erfolgten Aussage möglich.

Im übrigen ist diese Behauptung nicht richtig; denn der Zeuge hat eine dritte Möglichkeit, nämlich sein Einverständnis zu widerrufen, und um die Frage, welche Wirkung dieser Widerruf hat, geht es gerade.

¹⁾ So BGH a.a.O.; ähnlich schon BGH NJW 1960, 584, wo darauf hingewiesen wird, daß allein die richterliche Verhörsperson darüber Auskunft geben kann, ob der Zeuge sich seiner Situation bewußt sei, in voller Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechts ausgesagt habe und ob er glaubwürdig sei.

²⁾ Saydel, Anm. zu BGH NJW 66, 740 hält die Gefahr, daß die Verhörspersonen aus der eigenen Erinnerung nichts mehr wissen, bei beiden für gleich groß.

³⁾ Peters, Gutachten, S. 119

⁴⁾ BGH NJW 1962, 1175; KMR (Sax) vor § 48 II 1,

Läßt sich die Annahme, § 252 StPO enthalte ein eingeschränktes Verwertungsverbot, nicht halten ¹⁾, bleibt somit die eingangs gestellte Frage offen, ob § 252 nur eine Verlesung oder aber j die Verwertung verbiete.

Der Wortlaut der Vorschrift scheint für ein Verlesungs- und damit gegen ein Verwertungsverbot zu sprechen. Das ist nach dem Sinn der Bestimmung jedoch nicht der Fall. Wenn nämlich darauf verzichtet wird, das sicherste Beweismittel über den Inhalt einer früheren Aussage - das Vernehmungsprotokoll - nach dem Widerruf der Aussagebereitschaft des Zeugnisverweigerungsberechtigten zu Beweis Zwecken zu benutzen, so folgt daraus daß das weniger sichere Beweismittel - die Vernehmungsperson - ebenfalls ausgeschlossen ist. Dementsprechend darf nach den §§ 251, 254 StPO zum Beweis einer Aussage oder eines Geständnisses auch allein das Protokoll herangezogen werden, nicht etwa die Angaben der Verhörspersonen. Es würde kriminalistische Sicherheitsgründen widersprechen, sollte die Benutzung des zuverlässigeren Beweismittels verboten sein, die Heranziehung eines unzuverlässigeren dagegen gestattet bleiben ²⁾. Diese unterschiedliche Behandlung der Vernehmungsprotokolle und der Verhörspersonen ist auch mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht zu begründen, da die Unmittelbarkeit, die sich nur auf die zu ersetzende Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten beziehen kann, genauso bei einer Vernehmung der Verhörspersonen fehlt.

Obwohl § 252 ausdrücklich nur die Verlesung der Aussage verbietet, ergibt der Sinn dieses Verbots, daß jede Reproduktion der Aussage ausgeschlossen ist ³⁾. § 252 StPO enthält damit ein Beweisstatsachenverbot, d. h. die früheren Angaben des Zeugnisverweigerungsberechtigten sind einem Beweis im laufenden Strafver-

1) Eb. Schmidt, Lehrkommentar II, § 252, 2; Spendel, NJW 1966, 1102 (1105); Seydel, NJW 1966, 740 (741); Michaelis, NJW 1966, 117; Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Peters, Gutachten S. 119; auch Eckert, Diskussionen, F 92, Lürken F 98; Kunert F 101

2) Peters, Gutachten, S. 118; Busch, Festschrift für Schmidt, S. 567 (577); Michaelis, NJW 66, 117

3) Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 454

fahren entzogen ¹⁾.

Diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß der Zeuge gewöhnlich erst in der Hauptverhandlung den ganzen Ernst der Lage und die Tragweite seiner Aussage übersehen kann und daher auch erst in der Hauptverhandlung entscheiden soll, ob er sein Wissen als Urteilsgrundlage zur Verfügung stellen will ²⁾. Die Stoffsammlung im dem Vorverfahren hat nur unverbindlichen und vorbereitenden Charakter, auf diese Ermittlungen darf daher nicht zurückgegriffen werden ³⁾.

Durch die vom Bundesgerichtshof zugelassene Vernehmung der Verhörsperson für den Fall des Widerrufs der Aussagebereitschaft wird dem Angeklagten die Möglichkeit genommen, Fragen an den Belastungszeugen zu richten, da dieser persönlich für deren Beantwortung nicht zur Verfügung steht ⁴⁾. Im übrigen kann sich das erkennende Gericht über die Glaubwürdigkeit des Zeugen, die für die Würdigung des Beweisergebnisses eine bedeutende Rolle spielt, kein eigenes Urteil bilden.

Es sprechen diese Erwägungen dafür, in § 252 ein unbeschränktes Verwertungsverbot zu sehen, wird gegen diese Auslegung die angebliche Gefahr ins Feld geführt, daß der Zeuge zum Herrn des Verfahrens werde, wenn nach seinem Widerruf der Aussagebereitschaft jede Verwertbarkeit der früheren Angaben ausgeschlossen sei ⁵⁾.

Nun wird der Zeuge aber gar nicht zum Herrn des ganzen Verfahrens, sondern lediglich zum Herrn seiner Aussage, was er infolge des ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts von Beginn des Verfahrens an ist ⁶⁾. Wenn im Einzelfall kein weiteres Beweismittel als die von dem Zeugnisverweigerungsberechtigten anfangs

1) Spendel, NJW 66, 1102 (1105); Eckert, Diskussionen, F 92

2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 455; Spendel, a.a.O.; Eckert, a.a.O.; so auch BGH St 2, 99

3) Eb. Schmidt, a.a.O.; Peters, a.a.O.

4) Kunert, Diskussionen, F 101

5) BGH St 2, 99 (106 f); Kohlhaas, NJW 67, 958

6) So auch Seydel, NJW 66, 740 (742)

gemachte Aussage vorhanden ist, kann der Widerruf zwar Einfluß auf das Verfahren haben. Das muß aber in Kauf genommen werden, wie ja auch eine Strafverfolgung von vornherein ganz ausgeschlossen sein kann, wenn der einzige Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht von Anfang an Gebrauch macht.

Die Gefahr dieser nur mittelbaren Einflußnahme auf das Strafverfahren rechtfertigt auch deshalb keine Ablehnung des Verwertungsverbots, weil das Gesetz sogar eine unmittelbare Einflußnahme eines Verwandten auf das Verfahren gestattet, nämlich durch die Rücknahme des gegen einen Angehörigen gestellten Strafantrags bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils.

Die Befürchtung von Kohlhaas ¹⁾, ein striktes Verwertungsverbot würde unweigerlich den Zusammenbruch familiärer Deliktsverfahren mit sich bringen, ist nicht berechtigt. Die Aufklärung und Verfolgung solcher Delikte ist von vornherein durch die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung der Angehörigen und durch das Erfordernis des Strafantrags erschwert. Da weder durch das Zeugnisverweigerungsrecht noch durch das Antragsrecht bisher ein Zusammenbruch familiärer Deliktsverfahren verursacht worden ist, wird das auch durch die Rückwirkung des Widerrufs der Aussagebereitschaft zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen nicht geschehen. Es tritt für die Verfolgung von Straftaten gegen Angehörige keine größere Behinderung ein, als durch Zeugnisverweigerungs- und Antragsrecht schon besteht.

Auszugehen ist nach alledem von der Ansicht, daß § 252 StPO ein unbeschränktes Verwertungsverbot für die vor der Hauptverhandlung erstatteten Aussagen bedeutet, dem Widerruf des Einverständnisses damit Rückwirkung verliehen ist ²⁾.

Wenn das Zeugnis erst in der Hauptverhandlung verweigert wird, darf die frühere Aussage nicht verwertet werden, und zwar weder durch Verlesung des Protokolls noch durch Vernehmung irgendeiner Person, die den Inhalt der Aussage kennt. Macht dagegen der

1) In NJW 67, 958 (1960)

2) Eb. Schmidt, Lehrk. II, § 252, 2; Teil I, Nr. 454; Spendel, NJW 66, 1102 (1105), Grünwald, JZ 66, 489 (497); Seydel, NJW 66, 740 (741); Peters; Gutachten, S. 119; Michaelis, NJW 66, 117; eine entsprechende Klarstellung des § 252 durch die Ergänzung, daß keine Vernehmung von Verhörspersonen zulässig ist, forderte auch der 46. DJT mit großer Mehrheit, zitiert in NJW 66, 20

Auge von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, erst Gebrauch, nachdem er in der Hauptverhandlung ganz oder teilweise ausgesagt hat, muß zwar die Vernehmung abgebrochen werden, aber soweit bereits ausgesagt war, kann die Aussage auch zur Urteilsfällung herangezogen werden. In diesem Fall hatte der Zeuge sein Einverständnis zur Mitwirkung in dem wichtigsten Teil des Verfahrens, der Hauptverhandlung, erklärt, so daß eine Rückwirkung des Widerrufs für die in der Hauptverhandlung erstatteten Aussagen nicht zu rechtfertigen ist.

Das Verwertungsverbot des § 252 StPO gilt nicht nur, soweit es sich um die Aussage eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen handelt, sondern ebenso auch für Urkunden des § 97 StPO, die mit dem Einverständnis des Berechtigten, das jedoch in der Hauptverhandlung widerrufen wird, beschlagnahmt worden sind.

Wenn die Beschlagnahme ursprünglich zulässig war, später jedoch infolge des Widerrufs unzulässig geworden ist, hat das Verwertungsverbot des § 97 StPO in Verbindung mit § 252 StPO wieder beschränkte Wirkung.

Die Urkunden dürfen nicht verlesen werden, Ermittlungsbeamte einschließlich der Richter -, die Kenntnis von dem Inhalt der beschlagnahmten Schriftstücke haben, dürfen nicht vernommen werden, ein Gutachten, das auf den Urkunden basiert, darf nicht erstattet werden ¹⁾.

II. Ausnahmen vom Beschlagnahmeverbot

Das in § 97 Abs. 1 StPO ausgesprochene Beschlagnahmeverbot besteht nicht ausnahmslos. Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Beschlagnahme der Krankenblätter - selbstverständlich auch der übrigen Gegenstände, aber im folgenden soll nur auf die Krankenjournalen abgestellt werden - zu Beweis Zwecken möglich.

In § 97 Abs. 2 StPO sind bereits drei Einschränkungen des Beschlagnahmeverbots vorgesehen, so daß bei Vorliegen einer der drei die Krankenpapiere beschlagnahmt werden können, wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer Beschlagnahme nach § 94 StPO

¹⁾ Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 B; Löwe-Rosenberg (Dünnebieber), § 97, 5 d und 4 d

gegeben sind.

1. Der fehlende Gewahrsam des Arztes

Das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO knüpft an den Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten an. Daher ist die Beschlagnahme der ärztlichen Krankenblätter nur solange unzulässig, wie sie sich im Gewahrsam des Arztes befinden.

Nach § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO steht dem Gewahrsam des Arztes der Gewahrsam einer Krankenanstalt gleich. Krankenanstalt ist im weitesten Sinne zu verstehen, es fallen z. B. Sanatorien, Entbindungsanstalten, Heil- und Pflegeanstalten, Genesungsheime, die Krankenreviere der Bundeswehr, der Polizei und der Strafvollzugsanstalten darunter ¹⁾.

a) Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Arztes

Gewahrsam ist hier - wie im materiellen Strafrecht - nicht gleichbedeutend mit Besitz, sondern bedeutet ein tatsächliche Herrschaftsverhältnis, das von einem Herrschaftswillen getragen ist ²⁾.

Dieses Herrschaftsverhältnis des Arztes über die Krankenpapiere liegt stets dann vor, wenn sie sich - wie es regelmäßig der Fall sein wird - in seiner Praxis befinden. Gewahrsam des Arztes besteht aber auch in den Fällen, in denen er die Krankenblätter in seiner von der Praxis getrennten Wohnung oder in anderen, von ihm zu Lagerzwecken benutzten Räumen aufbewahrt, was z. B. für ältere Krankengeschichten denkbar ist.

Grundsätzlich ist ein Arzt nicht verpflichtet, an irgendeine Behörde oder eine dritte Person die Krankenblätter herauszugeben, so daß sein Gewahrsam und damit das Beschlagnahmeverbot stets erhalten bleiben. Wenn eine Mitteilung über den Patienten an eine dritte Stelle erforderlich ist, reicht ein sogenannter

1) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 3 C; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 4 a dd; Eb. Schmidt, Lehrk., Nachtragsband I, § 97, 1.

2) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 3; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 4 a; Maassen, NJW 1952, 378, läßt auch die rechtliche Verfügungsmacht ausreichen.

bericht aus, in dem der Befund, die Therapie und sonstige
eressierende Einzelheiten angegeben werden.
kommt aber dennoch vor, daß ein Krankenblatt einem anderen
rlassen wird, so z. B. dem weiterbehandelnden oder -bera-
den Arzt ¹⁾, der Ärztekammer, weiter dem Finanzamt, einer
uhand- und Buchprüfungsgesellschaft, einem Rechtsanwalt, der
tlichen Verrechnungsstelle ²⁾. Fraglich ist, ob die Kranken-
iere dann noch im Gewahrsam des Arztes bleiben oder ob er den
ahrsam verliert.

steht zwar, daß im Rahmen des § 97 Abs. 2 StPO auch bloßer
gewahrsam des Arztes ausreicht ³⁾; denn auch bei Mitgewahrsam
Arztes liegt noch sein Herrschaftsverhältnis über die Papie-
vor, an das das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO an-
pft. Jedoch bestehen an dem Mitgewahrsam des Arztes in den
n genannten Fällen Zweifel.

Mitgewahrsam annehmen zu können, ist es erforderlich, daß der
- ebenso wie der Dritte - ungehindert auf die Krankenjour-
einwirken kann ⁴⁾. Wenn der unmittelbaren Verwirklichung
Herrschaftswillens des Arztes Hindernisse entgegenstehen,
das Herrschaftsverhältnis und damit jeder Gewahrsam, auch
Mitgewahrsam, beendet.

der Arzt die Krankenblätter an den weiterbehandelnden Arzt,
ein Finanzamt, die ärztliche Verrechnungsstelle, an eine Treu-
nd- und Buchprüfungsgesellschaft, an einen Rechtsanwalt her-
gegeben, so wird er zwar mittelbarer Besitzer bleiben; aber
er nicht mehr ungehindert auf die Krankenblätter einwirken
an, muß ein Mitgewahrsam des Arztes verneint werden ⁵⁾. Der
tgewahrsam des Arztes fehlt ebenfalls, wenn die Ärztekammer
sitz an den Krankengeschichten erhält ⁶⁾. Denn die Ärztekammer

Beispiel bei Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang § 97, 9

Beispiele bei Löwe-Rosenberg a.a.O.

Löwe-Rosenberg a.a.O.; KMR (Müller), § 97, 2c; Schwarz-
Kleinknecht, § 97, 3; BGH St 19, 374

LK (Jagusch), vor § 242 C II

Für Mitgewahrsam in allen Fällen Löwe-Rosenberg (Dünnebier)
§ 97, 4 a aa

Dagegen nehmen Kohlhaas, Berl. Ärztebl. 1961, 582; Müller-Dietz,
S. 42, Mitgewahrsam an; ebenso OLG Celle, NJW 1952, 377, das
für § 97 a. F. die Ärztekammer für die "verlängerte Hand" des
Arztes hielt.

verwahrt lediglich in zwei Fällen die Blätter, einmal beim To des Arztes und zum zweiten bei seinem Wegzug. Jedesmal ist es offensichtlich, daß der Gewahrsam des Arztes aufhört und damit das an diesen Gewahrsam anknüpfende Beschlagnahmeverbot nach dem Gesetzeswortlaut und der Rechtsprechung entfällt.

Werden die Krankenpapiere an einen anderen Arzt übergeben, endet zwar nach der hier vertretenen Ansicht der Gewahrsam des bisher behandelnden Arztes. Da aber dem zweiten Arzt seinerseits ein Zeugnisverweigerungsrecht über alle ihm kraft seines Berufs bekanntgewordenen Geheimnisse zusteht, worunter begrifflich auch die Mitteilungen des ersten Arztes fallen, könnte das Beschlagnahmeverbot nunmehr an den Gewahrsam des zweiten Arztes anknüpfen und auch die ihm übergebenen Krankenpapiere erfassen.

Eine Anwendung von § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO auf diesen Fall scheitert aus, da diese Nummer auf den Gewahrsam des aufzeichnenden Arztes abstellt, wie sich deutlich aus dem Gesetz ergibt ¹⁾.

Unter § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO - andere Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt - fallen auch Schriftstücke, deren Urheber nicht der zeugnisverweigerungsberechtigte Gewahrsamsinhaber ist. Hierfür ist es also genügend, daß sich das Zeugnisverweigerungsrecht auf diese Gegenstände erstreckt und sie sich im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden, was für die übergebenen Krankenblätter zutrifft ²⁾.

Aber dennoch ist eine Anwendung der Nummer 3 ausgeschlossen. Auch wenn unter § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO Schriftstücke fallen, so kann es sich doch nur um solche handeln, die nicht Aufzeichnungen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten sind.

Für das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO ist Voraussetzung, daß der Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten aus dem Verhältnis zum Beschuldigten unmittelbar entstanden ist ³⁾. Daraus folgt, daß bei dem Gewahrsam eines Dritten, der seinen Gewahrsam von einem Zeugnisverweigerungs-

1) Es müßte andernfalls in Abs. 2 heißen: ... im Gewahrsam eines zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten.

2) Daher hält Müller-Dietz, S. 44, Nr. 3 für anwendbar.

3) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97 4 a aa

berechtigten erst abgeleitet hat, das Verbot, Mitteilungen im Sinne des § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Aufzeichnungen nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO zu beschlagnahmen, nicht eingreift, auch wenn dieser Miteilung selbst wieder zeugnisverweigerungsberechtigt ist ¹⁾.

§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO wird von diesem Erfordernis der Unmittelbarkeit abgesehen, und zwar auch für Schriftstücke, die dem Zeugnisverweigerungsberechtigten übergeben worden sind. Würde man aber das Verbot, Aufzeichnungen des § 97 Abs. 1 Nr. 2 und Mitteilungen des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO zu beschlagnahmen, auch aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 herleiten, könnten damit die Nummern 1 und 2, die die Unmittelbarkeit erfordern, umgangen werden und werden überflüssig. Daher können Mitteilungen des § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Aufzeichnungen des § 97 Abs. 1 Nr. 2 nicht gleichzeitig unter "andere Gegenstände" des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO fallen ²⁾. Die eingehändigten Krankenblätter unterliegen danach bei dem zweiten Arzt ebenso der Beschlagnahme wie in den übrigen Fällen eines Gewahrsamswechsels.

Der Gewahrsamsverlust tritt weiter mit dem Tode des behandelnden Arztes ein. Die Krankenpapiere müssen dann gemäß § 7 Abs. 4 der Berufsordnung für die deutschen Ärzte einem anderen Arzt oder der Ärztekammer übergeben werden, die die Krankengeschichten bis zum Ablauf von 5 Jahren nach dem Tode des Arztes aufbewahren müssen. Sowohl bei der Ärztekammer als auch bei dem zweiten Arzt fallen die Krankenjournalen nicht unter das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO, da der Gewahrsam des ersten Arztes, an den das Verbot anknüpft, nicht mehr besteht. Bei der Erbe, der selbst nicht Arzt ist, die Krankenpapiere nur vorübergehend - in Gewahrsam, können sie ebenfalls beschlagnahmt werden. Zwar obliegt dem Erben die materiellrechtliche Verschwiegepflicht des § 300 StGB, aber dennoch ist die Beschlagnahme der Blätter bei ihm nach § 97 StPO in der heutigen Fassung nicht verboten ³⁾.

KMR (Müller), § 97, 2 c bb; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 4 a aa; RG St 28, 282

Damit ist RG St 28, 282, nicht überholt, wie Müller-Dietz, S. 46, behauptet.

Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, 4 a aa; KMR (Müller), § 97, 2 c bb

Wenn dem behandelnden Arzt die Krankengeschichten abhanden kommen, liegt ebenfalls ein unfreiwilliger Gewahrsamsverlust vor. Zwar mag der Arzt weiterhin seinen Besitzwillen haben ¹⁾, aber dennoch ist sein Herrschaftsverhältnis über die Blätter und damit sein Gewahrsam beendet. Da nach dem Gesetzeswortlaut das Beschlagnahmeverbot an den Gewahrsam des Arztes anknüpft, hört im geltenden Recht nach herrschender Meinung bei diesem unfreiwilligen Gewahrsamsverlust des Arztes der Schutz des § 97 StPO auf ²⁾. Zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses wird darauf hingewiesen, daß aus "Gründen der Klarheit" das Beschlagnahmeverbot bei jedem Gewahrsamsverlust des Arztes enden muß ³⁾.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verlust des Gewahrsams freiwillig oder unfreiwillig eintritt: § 97 StPO findet keine Anwendung mehr, sobald der Gewahrsam des Arztes an den Krankenblättern aufhört ⁴⁾.

b) Beschlagnahmeverbot de lege ferenda trotz Gewahrsamsverlusts

Fraglich ist, ob es der ratio des Beschlagnahmeverbots entspricht wenn die Beschlagnahme der Krankenblätter in den aufgezeigten Fällen eines freiwilligen oder unfreiwilligen Gewahrsamsverlusts möglich ist.

Durch § 97 StPO soll verhindert werden, daß der Arzt in irgendeiner Weise - sei es mittelbar, sei es unmittelbar - gegen den Willen des Berechtigten an einem Strafverfahren mitwirken muß. Jeder Patient soll sich seinem Arzt vollständig anvertrauen dürfen, ohne befürchten zu müssen, daß gegen seinen Willen ihn betreffende Dinge durch eine Beschlagnahme der für die Behandlung notwendigen Krankenjournalen bekannt werden.

Diese Gefahr besteht nun nicht nur bei einer Beschlagnahme der bei dem Arzt befindlichen Krankenblätter, sondern auch dann, wenn sie bei einem Dritten beschlagnahmt werden, an den der Arzt sie vorübergehend oder für längere Zeit herausgegeben hat, ja sogar

-
- 1) Diesen Willen hält Dünnebier a.a.O. für ausreichend, um das Beschlagnahmeverbot weiter gelten zu lassen.
 - 2) Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang, § 97, 5; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 3 D; KMR (Müller), § 97, 2 c bb; a.A. für das geltende Recht nur Löwe-Rosenberg (Dünnebier), 197, 4a
 - 3) Schwarz-Kleinknecht a.a.O.
 - 4) Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang § 97, 5; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 3 D; KMR (Müller), § 97, 2 c bb

herausgeben mußte.

Besonders gravierend wäre die Lücke in dem durch die §§ 53 und 7 StPO erstrebten Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten, wenn eine Beschlagnahme zulässig wäre, obwohl der Arzt aus ärztlichen Gründen die Papiere einem Dritten herausgegeben hat. Könnte man noch ein schutzwürdiges Interesse an einem Beschlagnahmeverbot bestreiten, wenn der Arzt seinen Gewahrsam ohne ärztlich begründete Notwendigkeit freiwillig aufgegeben hat ¹⁾, so liegt dieses Interesse unbestreitbar vor, wenn die Weitergabe im Rahmen einer geordneten Abwicklung der Behandlung des Patienten erfolgte. Hat der Arzt seinen Gewahrsam an den Krankenpapieren im Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit übertragen, z. B. an den weiterbehandelnden Arzt, an das Gesundheitsamt oder die Ärztekammer, würde eine Beschlagnahme bei den Dritten das erwünschte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten ebenso stark belasten wie eine Beschlagnahme bei dem bisher behandelnden Arzt selbst. Um seinem Sinn gerecht zu werden, muß § 97 StPO daher auch bei dem Gewahrsam dieser Dritten gelten, unabhängig von dem Gewahrsam des Arztes, der die Krankenblätter hergestellt hat ²⁾.

Ebenfalls sollte das Beschlagnahmeverbot eingreifen, wenn die Krankengeschichten nach dem Tode des Arztes in den Gewahrsam seiner Erben, in den Gewahrsam der Ärztekammer oder eines weiterbehandelnden Arztes gelangen. Der durch § 97 StPO angestrebte Vertrauensschutz wäre unvollkommen, wenn ein Schutz vor Beschlagnahme der Krankenblätter nur zu Lebzeiten des Arztes bestehen, nach seinem Tode aber aufhören würde ³⁾. Hier ist eine Anpassung an § 300 StGB erforderlich, der eine Schweigepflicht auch für die Gewahrsamsnachfolger statuiert.

Als letztes bleibt zu prüfen, ob das Beschlagnahmeverbot zu Recht endet, wenn dem Arzt die Krankenblätter abhandengekommen sind. Das wäre dann zu bejahen, wenn der unfreiwillige Gewahrsamsver-

1) So Müller-Dietz, S. 46

2) Ähnlich Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang, § 97, 9

3) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 3 B; Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang, § 97, 5; Rauschenbach, S. 194

lust die Notwendigkeit eines Schutzes der Krankenpapiere vor einer Beschlagnahme entfallen ließe.

Durch §§ 53 und 97 StPO soll verhindert werden, daß Geheimnisse auf Grund einer Mitwirkung des Arztes, sei es durch seine Aussage, sei es durch seine Notizen, in das Strafverfahren eingeführt werden.

Wird aber das Geheimnis, das der Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft erfahren hat, infolge einer Beschlagnahme der Krankenblätter bekannt, so wirken diese von dem Arzt hergestellten Krankengeschichten an der Überführung mit, und zwar unabhängig davon, ob die Beschlagnahme bei dem Arzt selbst oder bei dem Dieb bzw. dem Finder erfolgte.

Mit Recht weist Dünnebier ¹⁾ darauf hin, daß es nicht darauf ankommen könne, ob der Arzt seinen Rückforderungsanspruch schneller durchzusetzen vermöge als die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme bei dem Dritten. Es wäre unverständlich, wenn der Schutz vor Beschlagnahme eventuell durch eine Straftat, einen Diebstahl oder eine Unterschlagung, zunichtegemacht werden könnte. Dürfte die Strafverfolgungsbehörde bei diesem Dritten beschlagnehmen, würde sie damit aus einem strafbaren Verhalten Nutzen ziehen.

Da der unfreiwillige Gewahrsamsverlust an der Notwendigkeit des Schutzes vor einer Beschlagnahme danach nichts ändert, muß auch in diesem Fall das Beschlagnahmeverbot de lege ferenda gelten.

2. Die Teilnahme des Arztes

Nach § 97 Abs. 2 StPO ist eine Beschlagnahme der Beweismittel möglich, wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte verdächtig ist, Teilnehmer der Straftat zu sein oder eine Begünstigung bzw. Hehlerei begangen zu haben. Hier liegt ein strafbedrohtes Zusammenwirken zwischen Arzt und Patienten vor, das die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot rechtfertigt ²⁾.

Ein solches strafbares Zusammenwirken zwischen Arzt und Patienten

1) in Löwe-Rosenberg, § 97, 4 a bb

2) OLG Celle, NJW 1963, 406 (407); Herold, Die neue Polizei 1965, 125

ist in drei verschiedenen Fallgruppen denkbar.

Einmal kann der Arzt Teilnehmer einer Straftat sein, die außerhalb seines ärztlichen Bereichs liegt, z. B. er leistet Beihilfe zu einem Diebstahl, einem Raub; seine Begünstigung kann in einer Handlung bestehen, die keinen Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit hat, z. B. er versteckt den Täter. Hierbei fehlt jede Beziehung zu seinem beruflichen Bereich. Es entsteht keine Schweigepflicht, daher sind auch ein Zeugnisverweigerungsrecht und ein Beschlagnahmeverbot nicht erforderlich. Der Arzt muß als Zeuge aussagen, und gegen ihn sind Beschlagnahmemaßnahmen zulässig wie gegen jeden anderen. § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO bringt insoweit nur eine Klarstellung.

Ebenso unproblematisch - weil ohne Schwierigkeiten vom materiellen Recht her zu lösen - ist der zweite Fall, daß nämlich der Arzt den Täter nach der Tat ärztlich betreut, ihn z. B. verbindet oder ihm in anderer Weise erste Hilfe zukommen läßt. Hier wird er allein in seiner ärztlichen Eigenschaft tätig, ohne mit der Straftat des Patienten in eine Berührung zu geraten. Da ein Interesse der Allgemeinheit besteht, daß auch der Straffällige unbesorgt und vertrauensvoll ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen kann ¹⁾, entsteht in diesem Fall die Schweigepflicht des Arztes und ist ihre Sicherung im prozessualen Bereich erforderlich. Die Ausnahme des § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO liegt nicht vor, weil der Arzt nicht Teilnehmer an der Tat des Patienten war und auch keine Begünstigung begangen hat. § 257 StGB ist bereits objektiv nicht erfüllt, da der Arzt keinen Beistand im Sinne dieser Vorschrift leistet ²⁾.

Ein Zweifel kann nur entstehen, wenn der Täter durch die ärztliche Hilfe fluchtfähig wird, womit objektiv eine Begünstigungshandlung gegeben wäre. Aber hier fehlt dem Arzt die Absicht - verstanden als den auf den Erfolg gerichteten Willen -, den Täter der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile der Tat zu sichern. Selbst wenn der Arzt positiv weiß, daß er mit der Behandlung eine Flucht ermöglicht oder erleichtert, will er damit den Patienten nicht der Bestrafung entziehen oder ihm die

1) LG Köln NJW 1959, 1598

2) Schönke-Schröder, § 257 III 5

Vorteile der Straftat sichern; dolus eventualis in dieser Hinsicht, der bejaht werden könnte, reicht nicht aus. Auch in diesem Fall liegt daher keine Begünstigung vor, die eine Ausnahme von dem Beschlagnahmeverbot nach sich ziehen würde.

Seine eigentliche Bedeutung hat § 97 Abs. 2 Satz 2 nur in der dritten Fallgruppe, wenn der Arzt innerhalb seines ärztlichen Bereichs zum Teilnehmer an einer Straftat des Patienten oder dieser Teilnehmer an einer Straftat des Arztes wird, z. B. bei einer Abtreibung, Tötung eines geisteskranken und verunstalteten Kindes, aber auch z. B. bei einem Rentenbetrug des Patienten durch eine bewußt falsche ärztliche Bescheinigung über seinen Gesundheitszustand. Hierbei wird der Arzt in seiner beruflichen Eigenschaft tätig; er ist in Ausübung seines Berufs an einer strafbaren Handlung beteiligt.

Als Vorfrage ist zu klären, ob in diesen Fällen die materielle Schweigepflicht des § 300 StGB entsteht und der Arzt im Prozeß ein Zeugnisverweigerungsrecht hat. Zwar sind ihm auch hier fremde Geheimnisse in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut worden oder bekannt geworden, wie es für § 300 StGB und § 53 StPO einzige Voraussetzung ist ¹⁾. Aber das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft, das sowohl durch die Schweigepflicht als auch durch das Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot gestärkt werden soll, wird nicht beeinträchtigt, wenn eine gesetzliche Pflicht, über solche strafbaren Handlungen zu schweigen, fehlt; denn dieses allgemeine Vertrauen soll sich nicht darauf erstrecken, daß man den Arzt um Hilfe und um Mitwirkung bei Straftaten bitten kann. Die Allgemeinheit erwartet hier kein Schweigen des Arztes und wird daher durch das Fehlen einer Schweigepflicht und entsprechend eines Zeugnisverweigerungsrechts nicht in ihrem Vertrauen enttäuscht. Das hinter § 300 StGB stehende Interesse verlangt daher in den genannten Fällen eines strafbaren Zusammenwirkens zwischen Arzt und Patienten im ärztlichen Bereich kein gesetzlich sanktioniertes Schweigegebot, und das Interesse an der Aufklärung und Ahndung strafbarer Handlungen muß nicht zurückstehen, da die Aussagepflicht des Arztes im Prozeß kein

1) Beide Bestimmungen machen keine Ausnahme für den Fall einer Teilnahme des Arztes an der Straftat, wie es § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO tut.

höherwertiges Interesse verletzt. Damit entfällt zugleich der Grund für das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO, wie es auch in der Regelung des § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO zum Ausdruck kommt. Für diese letzte Fallgruppe bringt § 97 Abs. 2 Satz 2 eine berechnete und notwendige Einschränkung des Beschlagnahmeschutzes.

Beschlagnahme werden kann nicht erst, wenn die Teilnahme bzw. Begünstigung feststeht oder gegen den Arzt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, sondern schon bei einem Verdacht. Dabei braucht es sich weder um einen hinreichenden Verdacht, wie § 203 StPO ihn verlangt, noch um einen dringenden Verdacht, wie es für § 112 StPO erforderlich ist, zu handeln; der schlichte Verdacht ist ausreichend ¹⁾.

Ob dieser Verdacht vorliegt, prüft die die Beschlagnahme anordnende Behörde an Hand der zur Zeit der Anordnung gegebenen Umstände ²⁾. Wird trotz Fehlens des geforderten Teilnahmeverdachts beschlaggenommen, ergibt sich ein solcher aber aus den beschlaggenommenen Unterlagen, wird damit die Beschlagnahme dennoch nicht zulässig ³⁾.

3. Producta et instrumenta sceleris

Eine Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot sieht § 97 Abs. 2 Satz 2 weiter dann vor, wenn die geschützten Gegenstände durch ein Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind oder aus einer solchen Straftat herrühren.

Diese Vorschrift ist eng an § 40 StGB, der die Einziehung regelt, angelehnt. Zusätzlich sind lediglich Gegenstände, die aus einer Straftat herrühren, aufgezählt. Zur Abgrenzung dieses unklaren Begriffs ist eine zumindest mittelbare Beziehung zur Tat zu fordern, so daß darunter die Verbrechensfrüchte und deren Ersatzstücke fallen ⁴⁾.

1) LG Kiel, Schl. HA 55, 368; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 4; KMR (Müller), § 97, 2d; Löwe-Rosenberg, § 97, 4b

2) Eb. Schmidt, § 97 (Anh.), 13

3) LG Köln, NJW 60, 1874; KMR (Müller), § 97, 7

4) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 5; Löwe-Rosenberg (Dinnebier), § 97, 4 c; KMR (Müller), § 97, 3 c a

4. Entbindung von der Schweigepflicht

Ob neben diesen drei vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten zur Beschlagnahme von Krankenblättern das Beschlagnahmeverbot auch dann entfällt, wenn der Berechtigte den Arzt von der Schweigepflicht entbunden hat, oder ob es sich um ein absolutes, von der Einwilligung unabhängiges Verbot handelt, das nur die Ausnahmen des § 97 Abs. 2 StPO kennt, ist eines der umstrittensten Probleme im Rahmen des § 97.

a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte

Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich auf die streitige Frage keine Antwort.

Während § 53 Abs. 2 StPO die Wirkung der Entbindung von der Schweigepflicht ausdrücklich aufzeigt, fehlt in § 97 StPO eine entsprechende Regelung oder ein Hinweis auf § 53 Abs. 2. Daraus wird gefolgert, daß § 97 ein absolutes Beschlagnahmeverbot statuieren, das von dem Zeugnisverweigerungsrecht im konkreten Fall unabhängig sei. Das Verbot sei lediglich an dem abstrakten Zeugnisverweigerungsrecht orientiert, und die Bezugnahme auf § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 in § 97 sei nur ein gesetzestechnischer Weg, um die unter das Beschlagnahmeverbot fallenden Gegenstände abzugrenzen¹⁾. Weiter sollen die Worte "Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt" das an ein abstraktes Zeugnisverweigerungsrecht anknüpfende Beschlagnahmeverbot verdeutlichen, weil es andernfalls hätte heißen müssen: "soweit sich darauf das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt"²⁾.

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, es fehle an Gegenständen im Sinne des § 97 Abs. 1 Nr. 1-3, wenn der Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden sei und nach § 53 Abs. 2 StPO aussagen müsse³⁾.

Es ist müßig, eine Entscheidung dieses Problems vom Wortlaut des Gesetzes her zu versuchen. Denn dieser kann nur dann einen Hinweis geben, wenn der Gesetzgeber das Problem erkannt hatte und

1) Eb. Schmidt, Lehrk. II, Anhang § 97; 70; ders., DMW 1954, 1649; Kaufmann, Anm. zu OLG Nürnberg, NJW 1958, 272 (273)

2) Schulz, Der Arzt vor dem Richter, S. 147

3) OLG Nürnberg, NJW 1958, 273

regeln wollte. Die hier interessierende Frage, welche Wirkung die Entbindung von der Schweigepflicht auf das Beschlagnahmeverbot hat, ist bei der Schaffung des § 97 StPO in der heutigen Fassung aber gar nicht beachtet und infolgedessen durch den Wortlaut auch nicht in der einen oder anderen Richtung entschieden worden.

Vor der Änderung des § 97 durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 bestand - wie oben bereits ausgeführt - ein Beschlagnahmeverbot für Krankenblätter überhaupt nicht, da § 97 a. F. sich lediglich auf Mitteilungen zwischen dem Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem Beschuldigten bezog.

Während die Rechtsprechung daher überwiegend eine Beschlagnahme von Krankenjournalen für zulässig hielt ¹⁾, wurde in der Literatur dieses Verfahren auf das heftigste bekämpft ²⁾. Besonders Eb. Schmidt ³⁾ wies immer wieder darauf hin, daß die Beschlagnahme von Krankenpapieren nur im Zusammenhang mit § 53 StPO gesehen werden könne und mit der von der Praxis unbegrenzt zugelassenen Beschlagnahmemöglichkeit das Zeugnisverweigerungsrecht umgangen und illusorisch gemacht werde. von Hippel ⁴⁾ begründete seine Ansicht, daß eine Beschlagnahme gegen Ärzte unzulässig sei, mit der Parallele zur Herausgabepflicht: da ein Zeugnisverweigerungsberechtigter nicht herauszugeben brauche, dürfe auch nicht gegen ihn beschlagnahmt werden.

Bereits vor der Änderung des § 97 a. F. übernahmen vereinzelte Gerichte die Ansicht der Literatur und lehnten eine Beschlagnahme von Krankenblättern als Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts ab ⁵⁾.

Mit der Änderung der Bestimmung sollte daher lediglich die gesetzliche Regelung dieser umstrittenen Frage den praktischen Bedürfnissen und der bereits vereinzelt in der Praxis und überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht angepaßt und durch das Beschlagnahmeverbot eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Auswertung des schriftlich niedergelegten Wissens verhin-

1) Z. B. AG Amberg, Bayr. Ärztebl. 1950, 165

2) Vgl. die auf S. 23 Anm. 2 Genannten

3) Lehrkommentar II, § 94, 2

4) ZStW 47, 523

5) OLG Celle, MDR 52, 376

dert werden ¹⁾.

Sowohl der Anlaß der Änderung als auch die amtliche Begründung zeigen deutlich, daß der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Beschlagnahmeverbots die Frage der Entbindung von der Schweigepflicht nicht berücksichtigt hat und auch nicht berücksichtigen konnte; denn dieses Problem ist vor der Änderung des § 97 - soweit ersichtlich - nicht aufgetaucht, da der Streit bis dahin über die Beschlagnahme von Krankenpapieren überhaupt noch offen war.

Die umstrittene Frage, ob die Entbindung von der Schweigepflicht die Beschlagnahmemöglichkeit wieder herstellt oder nicht, kann daher nicht vom Wortlaut oder der Absicht des Gesetzgebers her entschieden werden. Die Antwort läßt sich nur unter Beachtung des Zwecks des Beschlagnahmeverbots finden.

b) Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht

Wie sich aus der amtlichen Begründung zu § 97 ergibt, soll diese Vorschrift eine Ergänzung zu § 53 StPO bilden und verhindern, daß das Zeugnisverweigerungsrecht durch Verwertung des schriftlich niedergelegten Wissens umgangen werden kann.

Stellt man auf diesen Zweck ab, ist die Lösung des Problems klar. Ebenso, wie nach der Entbindung von der Schweigepflicht das Zeugnisverweigerungsrecht entfällt, muß auch das Beschlagnahmeverbot entfallen, da eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht mehr möglich ist und nicht länger verhindert zu werden braucht.

Wie festgestellt, war für die Schaffung des Beschlagnahmeverbots zwar der Gedanke ausschlaggebend, eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts auszuschließen, aber dennoch ist fraglich, ob diese enge Verknüpfung zwischen § 53 und § 97 zwingend ist. Die Bestimmungen bilden nämlich die prozessuale Ergänzung zu der materiellrechtlichen Schweigepflicht des § 300 StGB; das heißt also, daß das Beschlagnahmeverbot nicht nur in einem Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht zu sehen ist, sondern in erster Linie in einem Zusammenhang mit § 300 StGB ²⁾.

1) Amtl. Begründung zu § 97 StPO in Verhandlungen des Deutschen Bundestags, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3713, Art. 4, Nr. 11, S. 49

2) Eb. Schmidt, DMW 1954, 1649; H. Mayer, Schl.HA 1955, 348; Rauschenbach, S. 197; Müller-Dietz, S. 82

auch wenn danach § 97 nicht allein in § 53 StPO wurzelt, so hat das jedoch nicht gleichzeitig zur Folge, daß damit die beiden prozessualen Vorschriften hinsichtlich der Einwilligung des Berechtigten unterschiedlich auszulegen sind ¹⁾).

Das Beschlagnahmeverbot bezweckt den Schutz desselben Interesses, das auch in § 53 StPO geschützt wird. Ebenso, wie sich das Zeugnisverweigerungsrecht nur mit der Rücksichtnahme auf das generelle Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten erklären läßt, kann auch das Beschlagnahmeverbot nur auf den Schutz dieses Interesses zurückgeführt werden. Durch das Zeugnisverweigerungsrecht wird verhindert, daß der Arzt der Pflicht ausgesetzt wird, als Zeuge über ihm in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordene Geheimnisse aussagen zu müssen, wodurch die Kranken abgeschreckt werden könnten, sich einem Arzt vollständig zu offenbaren. Durch das Beschlagnahmeverbot wird vermieden, daß diese geheimzuhaltenden Tatsachen auf dem Umweg über die Krankenblätter dennoch in dem Strafverfahren bekannt und verwendet werden, was dem allgemeinen Vertrauen zu den Ärzten ebenfalls schaden würde. § 97 StPO beruht daher auf demselben Rechtsgedanken, der zur Schaffung des Zeugnisverweigerungsrechts führte, und bei der Auslegung ist von dem beiden Vorschriften zugrunde liegenden Interesse auszugehen.

Da dieses Interesse das Schweigen des Arztes im Prozeß nur so lange verlangt, wie der Berechtigte es wünscht ²⁾, kann der Arzt nach der Entbindung von der Schweigepflicht seiner Zeugnispflicht nachkommen, ohne das Interesse zu verletzen; ebenso braucht dann auch die Benutzung des schriftlich niedergelegten Wissens des Arztes nicht mehr verhindert zu werden. Mit der Einwilligung zum Reden durch den Berechtigten entfällt der Grund für das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes. Gleichzeitig entfällt damit der Grund für das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO. Wie nach der Entbindung von der Schweigepflicht der Arzt im Strafverfahren zur Aussage mit allen dem Richter zustehenden Machtmitteln gezwungen werden kann, darf auch das schriftlich niedergelegte Wis-

1) So aber Müller-Dietz, S. 82 f.

2) Vgl. oben S. 67 f.

sen mit allen dem Richter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten im Prozeß verwendet werden.

Da nach der Entbindung von der Schweigepflicht ein Schutz des öffentlichen Interesses nicht mehr erforderlich ist, kann die Ausnahmesituation, die der Arzt durch § 53 StPO und § 97 StPO im Strafverfahren hat, entfallen; sowohl hinsichtlich der Aussagepflicht als auch hinsichtlich der Beschlagnahmemöglichkeit muß der Arzt danach dieselbe Stellung einnehmen wie jeder andere Zeuge auch.

c) Praktikabilitätserwägungen

Die danach also zulässige Beschlagnahme der Krankenblätter kann nicht mit einem Hinweis auf Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte verhindert werden, insbesondere nicht mit der Behauptung, durch die Beschlagnahme werde die weitere Behandlung des Patienten gefährdet und eine eventuell geplante wissenschaftliche Auswertung der Unterlagen behindert ¹⁾. Ebensowenig, wie reine Nützlichkeits Erwägungen eine sonst unzulässige Beschlagnahme rechtfertigen können ²⁾, vermögen solche Erwägungen eine sonst zulässige Beschlagnahme zu beeinflussen. Wenn auch in manchen Fällen zu Recht der Vorwurf erhoben wird, daß die beschlagnahmten Unterlagen oft monate- und jahrelang sinnlos bei den Gerichtsakten liegen, ja sogar mitunter gänzlich verschwinden ³⁾, so kann das Anlaß sein, diese Handhabung zu ändern, jedoch nicht eine Beschlagnahme der Unterlagen gänzlich zu verbieten. Im übrigen dürfte es bei dem heutigen Stand der Kopiertechnik keine Schwierigkeiten bereiten, die noch benötigten Krankenjournalen zu vervielfältigen und damit die ungestörte Weiterbehandlung der Patienten oder die wissenschaftliche Arbeit zu gewährleisten.

1) So Göppinger, AM 1958, 1326 (1327); ders., NJW 58, 241 (245, Anm. 23); Kaufmann, DNO 58, 196; Grüter, AM, 1956, 99 (102)

2) Insoweit ist Kaufmann, NJW 58, 273, zuzustimmen, obwohl das von ihm kritisierte OLG Nürnberg, NJW 58, 272, sich auf Nützlichkeits Erwägungen allein auch nicht beruft, um die Beschlagnahme zu begründen.

3) Göppinger, AM 1958, 1326 (1327)

Der Einwand, die Krankenjournalen seien für den Strafprozeß überhaupt nicht erforderlich, da ja der Arzt als Zeuge zur Verfügung stehe und jede Frage - eventuell an Hand der Krankenpapiere - beantworten könne ¹⁾, ist ebenfalls eine solche Nützlichkeitserwägung, die die sonst zulässige Beschlagnahme nicht beeinflussen kann. Die Beschlagnahme der Krankenblätter ist ein Element der Vorbereitung des Urkundenbeweises. Dieser ist als Beweismittel neben dem Zeugenbeweis in der Strafprozeßordnung anerkannt, die beiden Beweismittel schließen sich nicht aus, sondern sind unabhängig voneinander zu gebrauchen ²⁾. Es ist dem Einzelfall dem Gericht überlassen, welches Beweismittel es zu seiner Überzeugungsbildung benutzen will. Jedoch kann die Erwägung, daß der Arzt als Zeuge zur Verfügung steht, den Richter veranlassen, eine - zulässige - Heranziehung der Krankenkarteien zum Urkundenbeweis und damit gegebenenfalls eine Beschlagnahme nur vorsichtig und nicht unnötig anzuordnen ³⁾, um die "notwendige Zusammenarbeit zwischen Ärzteschaft und Gerichten" ⁴⁾ nicht zu stören. Aber diese eventuell wünschenswerte Rücksichtnahme hindert die Zulässigkeit der Verwendung der Urkunden neben der Aussage der Zeugen grundsätzlich nicht.

Im übrigen trifft die Behauptung, daß die Benutzung der Krankenblätter als Beweismittel neben der Zeugenaussage des Arztes stets überflüssig sei, nicht zu; es ist durchaus denkbar, daß ein ärztlicher Sachverständiger durch die Benutzung der Unterlagen des behandelnden Arztes zu einem anderen, für den Angeklagten günstigeren Ergebnis kommt, als der erste Arzt es konnte.

1) Eb. Schmidt, Ponsold's Lehrbuch, S. 32; ders., DMW, 54, 1649 (1650); Göppinger, NJW 58, 241 (245 Anm. 23); Kaufmann, DNO 58, 196; ders. NJW 58, 272 (273); Schulz, S. 151

2) So auch OLG Hamburg, NJW 62, 689 (692)

3) Die veröffentlichten Entscheidungen von Gerichten zu dem Problem der Beschlagnahme nach einer Entbindung sind so gering an der Zahl, daß die Annahme naheliegt, die meisten Richter üben diese Rücksichtnahme. Kohlhaas, Berl. Ärztebl. 1961, 582, betont - allerdings in anderem Zusammenhang -, daß die Beschlagnahme von Krankenpapieren so selten erfolgt, daß von einem gewohnheitsrechtlich eingerissenen Mißbrauch staatlicher Machtbefugnisse keine Rede sein kann.

4) Kaufmann, NJW 58, 272 (273); ähnlich Göppinger, AM 58, 1326 (1327)

d) Keine Verfügung des Einwilligenden über die Krankenblätter

Wenn mit der Entbindung von der Schweigepflicht die Anwendung des § 97 StPO entfällt, hat die Erklärung des Berechtigten zur Folge, daß danach die Krankenpapiere beschlagnahmt werden können.

Dennoch erteilt der Einwilligende mit der Entbindung von der Schweigepflicht keine ihm nicht zustehende Genehmigung zum Eingriff in die Rechtssphäre eines Dritten, des Gewahrsamsinhabers ¹⁾. Ebensovienig verpflichtet er mit der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht den Arzt zur Herausgabe der Krankenblätter ²⁾ und verfügt damit über das geistige Eigentum eines anderen ³⁾.

Diese Genehmigung zum Eingriff in die Rechtssphäre eines Dritten und zur Verfügung über geistiges Eigentum gibt nämlich das Gesetz durch die Beschlagnahmenvorschrift des § 94 StPO, und dadurch wird auch die Herausgabepflicht des Arztes begründet.

Ohne die Schranke des § 97 StPO wäre die Beschlagnahme der Papiere unter den Voraussetzungen, die § 94 StPO aufstellt, ohne weiteres zulässig. Wenn der Partner des Vertrauensverhältnisses durch seine Erklärung die Schranke beseitigen kann, so kommt das Recht der Strafverfolgungsbehörde auf Beschlagnahme zwar wieder zur vollen Wirkung. Aber die Erklärung selbst begründet dieses Recht nicht neu. Der Geheimnisberechtigte bestimmt lediglich, ob die Behörde im Einzelfall die ihr grundsätzlich gegebene Beschlagnahmemöglichkeit wahrnehmen kann oder nicht.

In Rechte des Arztes würde er damit nur eingreifen, wenn das Beschlagnahmeverbot letzterem dienen sollte und nur seinetwegen eine Beschlagnahme verhindert wird. Da § 97 StPO aber kein Interesse des Arztes schützt, erhält der Geheimnisberechtigte keine ihm sonst nicht zustehende Möglichkeit, über Rechte des Arztes zu verfügen. Wie nach der Entbindung von der Schweigepflicht im Rahmen des § 53 StPO nicht der einzelne den Arzt zum Reden zwingt

1) so aber Göppinger, AM 1958, 1326

2) so aber Müller-Dietz, S. 94

3) so Kohlhaas, Berl. Ärzteblatt 1961, 582; ders. JR 1958, 328

sondern das Gesetz, so erlaubt auch im Rahmen der Beschlagnahme nicht der einzelne die Benutzung der dem Arzt gehörenden Krankenblätter zum Beweis, sondern wieder das Gesetz.

Bereits aus diesen Erwägungen folgt weiter, daß es auf ein Recht des Patienten zur Einsichtnahme in die Krankenjournalen oder zur Herausgabe an sich nicht ankommt¹⁾. Er überträgt nicht eine ihm zustehende Berechtigung auf das Gericht, sondern dieses hat kraft Gesetzes generell das Recht zur Beschlagnahme, das lediglich zugunsten von Interessen, die mit Gewißheit nicht dem Arzt zustehen, durch § 97 StPO eingeschränkt ist. Wenn diese Schranke durch die Befreiung von der Schweigepflicht entfällt, kommt die durch das Gesetz eingeräumte Beschlagnahmemöglichkeit wieder zur vollen Geltung.

Die Krankenpapiere enthalten mehr, als im laufenden Verfahren interessiert

Wenn der Arzt nach seiner Befreiung von der Schweigepflicht im Strafprozeß als Zeuge vernommen wird, so beantwortet er Fragen, die im Zusammenhang mit der jeweiligen Straftat gestellt werden. Seine Aussage beschränkt sich auf das im Verfahren Notwendige. Die Krankenblätter dagegen enthalten erheblich mehr, als für den Prozeß, innerhalb dessen sie beschlagnahmt werden, interessiert. Durch die Beschlagnahme der Krankengeschichten kann das Gericht also im Einzelfall Geheimnisse erfahren, die durch die Aussage des Arztes allein nicht zu seiner Kenntnis gelangt wären. Fraglich ist, ob darin ein Grund zu sehen ist, das Beschlagnahmeverbot stets als absolut, von der Entbindung unabhängig, anzusehen²⁾.

¹⁾ So aber Göppinger, NJW 1958, 241 (245, Anm. 23); richtig dagegen Eb. Schmidt, Der med. Sachverst. 1961, 242, der dieses Argument gebraucht, um die Herausgabepflicht des Arztes im Sozialgerichtsverfahren zu verneinen. Da hier dem Gericht durch das Gesetz ein Recht auf Herausgabe nicht eingeräumt ist, könnte es dieses Recht nur vom Patienten ableiten, der ein solches aber nicht hat.

²⁾ So Göppinger, AM 1955, 361 (362), Bewer, JR 1956, 11 (12); Grüter, AM 1956, 99 (101); Kohlhaas, NJW 1964, 1162 (1164), der aus diesem Gedanken zwar kein absolutes Beschlagnahmeverbot herleiten will, aber dem Arzt einräumt, durch Glaubhaftmachung die Beschlagnahme zu verhindern, wenn die Krankenblätter mehr enthalten, als der Arzt als Zeuge aussagen müßte.

Daß der Arzt über das, was außerhalb des Beweisthemas liegt, keine Aussage zu machen braucht, ergibt sich nicht aus seinem Zeugnisverweigerungsrecht. Dieses ist mit der Entbindung von der Schweigepflicht entfallen. Die "beschränkte" Aussagepflicht folgt aus der Natur der Beweisaufnahme, die sich stets nur auf beweiserhebliche Tatsachen erstreckt; sie ist keine Folge der Sonderstellung der Berufsangehörigen.

Ob eine Urkunde, die neben beweiserheblichen Tatsachen auch solche Dinge enthält, die außerhalb des Beweisthemas liegen, beschlagnahmt werden darf und wieweit sie verwertet werden kann, ist ebenfalls eine Frage des allgemeinen Beschlagnahmerechts, aber kein besonderes Problem des § 97 StPO. Selten wird der gesamte Inhalt einer Urkunde beweiserheblich sein, dennoch ist die Beschlagnahme zulässig; nur dürfen die beweisunerheblichen Teile nicht verwertet werden, wofür im übrigen auch kein Bedürfnis besteht. Das gleiche gilt hinsichtlich der Beschlagnahme von ärztlichen Aufzeichnungen. Der Gesichtspunkt, daß die Krankenblätter mehr enthalten, als in dem Strafverfahren interessiert, kann daher kein Grund dafür sein, der Entbindungserklärung des Berechtigten jede Wirkung im Rahmen des § 97 StPO abzusprechen. Derjenige, der den Arzt von der Pflicht zur Verschwiegenheit unbeschränkt entbindet, nimmt es in Kauf, daß dem Gericht auch solche Tatsachen bekannt werden, die außerhalb des Beweisthemas liegen. Will er das verhindern, hat er die Möglichkeit, seine Entbindungserklärung von Anfang an zu beschränken oder sie später teilweise zu widerrufen.

Denkbar ist es, daß die Krankenblätter einen Hinweis auf eine frühere Straftat enthalten, die mit der Beschlagnahme nach der Entbindung von der Schweigepflicht der Strafverfolgungsbehörde bekannt wird ¹⁾.

Wie aber bereits ausgeführt, entfällt das Beschlagnahmeverbot und das darin enthaltene Verwertungsverbot nur für das jeweilige Verfahren. Für eine weitere Straftat, bei deren Verfolgung § 97

1) Göppinger, ÄM 1955, 361 (362), zieht dieses Argument heran, um zu einem absoluten, von der Entbindung von der Schweigepflicht unabhängigen Beschlagnahmeverbot zu kommen.

StPO ebenfalls eingreifen würde, gilt das Beweisverbot weiter, d. h., das beschlagnahmte Beweisstück darf weder als Beweismittel in dem zweiten Verfahren verwertet werden, solange die Schranke des § 97 StPO besteht, noch darf der Anfangsverdacht für die zweite Straftat daraus entnommen werden ¹⁾.

Wie im Rahmen des § 53 Abs. 2 StPO wird auch gegen die Beschlagnahme nach der Entbindung von der Schweigepflicht geltend gemacht, daß die Krankenblätter Tatsachen über den Gesundheitszustand des Patienten enthalten können, deren Bekanntwerden gesundheitliche Schäden des Patienten verursachen könnte.

Ebensowenig, wie durch diese Gefahr aber eine Beschränkung der Aussagepflicht des § 53 Abs. 2 StPO herbeigeführt wird, hat sie Einfluß auf die Beschlagnahme der Krankenblätter. Denn hier greift wieder die Vorschrift des § 247 StPO ein, wonach eine Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal während der Erörterung über seinen körperlichen oder geistigen Zustand zugelassen ist. Diese Bestimmung gilt auch für die Verlesung von Urkunden, also Krankenpapieren, die den Gesundheitszustand des Angeklagten betreffen ²⁾.

Da die Einsichtnahme in die Gerichtsakten auf einen bestimmten Personenkreis, zu dem nicht der Angeklagte oder ein Zeuge gehört, beschränkt ist, wird der Kranke auf diesem Wege ebenfalls nicht die Wahrheit über seinen Gesundheitszustand erfahren. Im übrigen hängt es von dem "verständnisvollen Takt des Richters" ³⁾ ab, wieweit darüber hinaus im Einzelfall Maßnahmen ergriffen werden, durch die dem Patienten die Wahrheit über seinen Gesundheitszustand verheimlicht wird. Die Krankenblätter brauchen z. B. nicht Bestandteil der Gerichtsakten zu werden, es kann ausreichen, daß sie lediglich einem Sachverständigen für seine Begutachtung zur Verfügung gestellt werden ⁴⁾.

1) Vgl. die auf S. 121, Anm. 3 Genannten

2) KMR (Sax), § 247, 1b; Dallinger, JZ 1953, 440

3) Eb. Schmidt, Lehrk. II, § 53, 30

4) OLG Hamburg, NJW 62, 689 (691)

f) Die Entbindungserklärung des Patienten umfaßt nicht den gesamten Inhalt des Krankenjournals

Nach den bisherigen Erörterungen besteht kein Anlaß, die Entbindung von der Schweigepflicht im Rahmen des § 97 StPO unbeachtet zu lassen. Ebenso, wie das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte nach § 53 Abs. 2 StPO entfällt und sie aussagen müssen, ist auch ein Schutz der ärztlichen Aufzeichnungen vor einer Beschlagnahme nicht mehr erforderlich, wenn der Arzt von seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit wirksam befreit ist.

Wie schon im Rahmen des § 53 Abs. 2 StPO festgestellt, ist die Entbindung von der Schweigepflicht eine Prozeßhandlung, deren Wirksamkeit nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Berechtigte den Inhalt der Aussage bzw. der Krankenjournale nicht kennt. Der Arzt ist danach von der Schweigepflicht bereits dann wirksam entbunden, wenn die Entbindungserklärung des Geheimnisberechtigten abgegeben ist ¹⁾. Berechtigt in diesem Zusammenhang ist der jeweilige Partner des Vertrauensverhältnisses. Liegt dessen Erklärung vor, kann die ihn betreffende Karteikarte beschlagnahmt werden.

Für gewöhnlich reicht die Entbindungserklärung nur einer Person, nämlich des Patienten, aus, da er gleichzeitig Partner des Vertrauensverhältnisses ist. Dabei kommt es nicht darauf an, wenn die dem Arzt bekannt gewordenen Tatsachen im einzelnen betreffen ²⁾.

Nur in Ausnahmefällen entsteht neben dem Arzt-Patient-Verhältnis ein weiteres Vertrauensverhältnis, z. B. zwischen dem Arzt und den Eltern des Patienten, das die Schweigepflicht auch diesen Dritten gegenüber nach sich zieht. Hat der Arzt Geheimnisse dieser Dritten, die er im Rahmen des zweiten, selbständigen Vertrauensverhältnisses erfahren hat, in der Krankengeschichte des Patienten vermerkt, reicht die Entbindungserklärung des Patienten allein nicht aus, um die Beschlagnahme seines Karteiblattes zu ermöglichen. In diesen Fällen muß die Befreiung von der Schweigepflicht von mehreren ausgesprochen werden. Erteilt der Dritte

1) Peters, Gutachten, S. 125

2) Vgl. oben S. 43 ff.

eine Entbindungserklärung nicht, kann das jeweilige Krankenjournal nicht beschlagnahmt werden ¹⁾, da eine Trennung in beschlagnahmefähige und nicht beschlagnahmefähige Teile bei der Natur des Krankenblattes als einheitliche Urkunde nicht möglich ist.

Ob die Befreiung von der Schweigepflicht durch den Patienten sich auf den gesamten Inhalt seines Karteiblattes erstreckt oder doch die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch einen Dritten erforderlich ist, kann allein der Arzt überblicken, da nur er den Inhalt der Krankenpapiere kennt. Daraus wird gefolgert, daß stets der Arzt zu entscheiden habe, ob die Krankenjournale im Strafverfahren zu Beweis Zwecken benutzt werden dürften, daß daher eine Beschlagnahme gegen seinen Willen schlechthin ausgeschlossen sei und § 97 StPO ein von der Entbindung von der Schweigepflicht unabhängiges, absolutes Beschlagnahmeverbot enthalte ²⁾.

Frage ist, ob diese Schlußfolgerung gerechtfertigt ist. Richtig ist zwar, daß eine Beschlagnahme von Krankenblättern, die nur auf einer Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten beruht, obwohl die Entbindungserklärung eines Dritten daneben erforderlich wäre, ausgeschlossen sein muß. Aber um das zu erreichen, ist es nicht erforderlich, der Entbindung von der Schweigepflicht im Rahmen des § 97 StPO jede Bedeutung abzusprechen und allein dem Arzt die Entscheidung über den Gebrauch der Krankenblätter zu Beweis Zwecken zu überlassen. Ein absolutes, von der Entbindung von der Schweigepflicht unabhängiges Beschlagnahmeverbot wäre nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn ohne dieses Verbot die Krankenjournale beschlagnahmt werden könnten, obwohl die Entbindungserklärung des Patienten ausnahmsweise nicht den gesamten Inhalt des Krankenblattes umfaßt. Läßt sich dagegen in diesen Ausnahmefällen eine Beschlagnahme der Krankenpapiere verhindern, auch nachdem der Arzt durch den Patienten von der Schweigepflicht entbunden ist, so besteht kein Grund dafür, das

1) Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 A

2) Eb. Schmidt, Ponsold's Lehrbuch, S. 32; ders., DMW 1954, 1649 (1650); Göppinger, NJW 1958, 241 (243); ders., AM 1958, 1326; Grüter, AM 1956, 66; Frey, S. 51; Ehrhardt u. Villinger, Psychiatrie der Gegenwart 1961, 203

Beschlagnahmeverbot als absolut anzusehen.

Erkennt der Arzt, daß sich die Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten nicht auf den gesamten Inhalt des Krankenblattes bezieht, besteht für ihn die Möglichkeit, diesen Tatbestand dem Gericht gegenüber nach § 56 StPO glaubhaft zu machen. Sofern er versichert, daß die vorliegende Entbindungserklärung allein nicht ausreicht, das Beschlagnahmeverbot entfallen zu lassen, muß von einer Beschlagnahme der Krankenpapiere Abstand genommen werden ¹⁾.

Mit dieser Lösung ist also eine Möglichkeit gegeben, in diesem Fall die Beschlagnahme der ärztlichen Aufzeichnungen auszuschließen, ohne gleichzeitig der Befreiung von der Schweigepflicht im Rahmen des § 97 StPO jede Bedeutung abzusprechen. Folglich braucht das Beschlagnahmeverbot nicht generell von der Entbindung von der Schweigepflicht unabhängig zu sein.

Im übrigen darf nicht vergessen werden, daß ja durchaus auch die Entbindungserklärungen aller Geheimnisberechtigten vorliegen können. Würde man dem Arzt stets die Entscheidung überlassen, ob die Krankenpapiere als Beweismittel benutzt werden dürfen, so würde damit eine Beschlagnahme auch in diesem Fall ausgeschlossen sein, obwohl dafür keine Notwendigkeit und Rechtfertigung mehr besteht.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß die Krankenjournale beschlagnahmt werden können, wenn der Arzt von seiner Schweigepflicht befreit ist ²⁾, es sei denn, er macht im Einzelfall glaubhaft, daß die Entbindungserklärung nur einer Person sich nicht auf den gesamten Inhalt des Karteiblattes erstreckt.

1) Kohlhaas, NJW 1964, 1162 (1164)

2) Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 97, a d aa; KMR (Müller), § 97, 8; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 97, 4; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 6 A, der allerdings für die Wirksamkeit der Entbindungserklärung die Kenntnis des Berechtigten vom Inhalt der Aussage fordert.

IV. Der Arzt als Alleintäter

1. Keine Beachtung in § 97 StPO

In § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO ist zwar das Beschlagnahmeverbot aufgehoben, wenn der Arzt Teilnehmer an der Tat des Patienten ist oder eine Begünstigung bzw. Hehlerei begangen hat; nicht ausdrücklich geregelt ist dagegen der Fall, daß der Arzt als Alleintäter eine Straftat begangen hat, an der der Patient in keiner Weise beteiligt ist ¹⁾.

Nach der herrschenden Meinung löst die Alleintäterschaft des Arztes die gleichen Folgen aus wie seine Beteiligung an der Tat des Patienten ²⁾. Wenn nämlich schon - so wird argumentiert - die Beschlagnahme bei einer Teilnahme des Arztes ausgeschlossen sei, dann müsse diese Folge erst recht bei seiner Alleintäterschaft eintreten ³⁾.

Auf die Bedenklichkeit dieses Arguments hat schon das Oberlandesgericht Celle ⁴⁾ hingewiesen: der Grund für die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot bei einer Teilnahme des Arztes an der Tat des Patienten ist - wie ausgeführt - darin zu sehen, daß bei einem strafbaren Zusammenwirken zwischen Arzt und Patienten das allgemeine Vertrauen in die Ärzteschaft durch eine Beschlagnahme nicht berührt wird. Ist der Arzt dagegen Alleintäter, ist dieser Gedanke nicht anzuwenden, da ein verwerfliches strafbares Zusammenwirken zwischen Arzt und Patienten fehlt. Läßt sich aber die Begründung, die bei der Teilnahme bzw. Begünstigung und Hehlerei die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot zuläßt, für die Alleintäterschaft des Arztes nicht heranziehen, ist die Schlußfolgerung, "wenn schon bei Teilnahme, dann erst recht bei Täterschaft", nicht gerechtfertigt.

Aus dem gleichen Grunde ist das Ergebnis, daß der Arzt zwar als Teilnehmer, aber nicht als Alleintäter die Beschlagnahme "hinneh-

1) Z.B. eine Steuerhinterziehung des Arztes

2) BGH, Urteil vom 7.4.1964 (5 StR 64/64); OLG Celle, NJW 65, 362 u. NJW 63, 407; Schwarz-Kleinknecht, § 97, 4: nur aus technischen Gründen Alleintäterschaft nicht erwähnt; Eb. Schmidt, Lehrk. Anh., § 97, 13; ders., Ponsold's Lb., S. 32; Peters, Gutachten, S. 132; Schulz, Arzt v. d. Richter, S. 147; Herold, S. 125; Kohlhaas, NJW 64, 1162 u. NJW 62, 670

3) Eb. Schmidt, Lehrk. Anh., § 97, 13; Herold, S. 125

4) NJW 63, 407

men" muß, nicht von vornherein "paradox" ¹⁾). Zu einer solchen Annahme könnte man nur dann gelangen, wenn § 97 StPO den Schutz des Arztes bezwecken würde, was jedoch nicht der Fall ist.

Für die Ansicht, daß das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO bei einer Alleintäterschaft des Arztes keine Anwendung finden kann, könnte aber der Wortlaut der Vorschrift herangezogen werden. Durch § 97 in der heute geltenden Fassung sind nur solche Aufzeichnungen, also ärztliche Krankenpapiere, von der Beschlagnahme ausgenommen, die die in § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO Genannten über ihnen von einem Beschuldigten anvertraute Mitteilungen gemacht haben. Der Gesetzgeber ging also von der Situation aus, daß der Patient Beschuldigter, der Arzt Zeuge ist, und ordnete nur für diesen Fall die Ausnahme von der generellen Möglichkeit der Beschlagnahme an. Betrifft die Krankengeschichte einen Patienten, der nicht beschuldigt ist, müßte eine Beschlagnahme nach § 94 StPO zulässig sein, also auch dann, wenn der Arzt der alleinige Beschuldigte ist ²⁾).

2. Erweiterung des Beschlagnahmeverbots de lege ferenda

Daß die Fassung des § 97 StPO zu eng ist, wurde bereits in anderem Zusammenhang festgestellt ³⁾). Schon zwischen § 53 StPO und § 97 StPO besteht eine Diskrepanz, die vom Gesetzgeber nicht gesehen wurde ⁴⁾): Der Arzt kann sein Zeugnis über Berufsgeheimnisse stets verweigern, ohne daß es auf die Stellung des Patienten im Strafverfahren ankommt, während die Beschlagnahme nur hinsichtlich solcher Aufzeichnungen verboten ist, die Mitteilungen des Beschuldigten enthalten.

Kann die Forderung, § 97 StPO insoweit unter Anpassung an § 53

1) So aber Müller-Dietz, S. 104

2) Unter Berufung auf den Wortlaut: BGH NJW 1967, 687; BGH v. 7.4.1964; OLG Celle, NJW 1965, 362; OLG Celle, NJW 1963, 406; Kohlhaas, NJW 1964, 1162 (1166); Herold, S. 125

3) Vgl. oben S. 95

4) Ebensowenig wurde die Problematik der Beschlagnahme bei der Alleintäterschaft des Arztes gesehen; weder in den Beratungen des Plenums noch in den Ausschlußberichten taucht diese Frage auf, vgl. Stenogr. Ber. über die 236., 265. und 269. Sitzung.

zu erweitern, mit dem seit jeher angenommenen Zusammenhang zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot begründet werden, so scheint damit gleichzeitig bei einer Alleintäterschaft des Arztes ein Beschlagnahmeverbot systemwidrig zu sein, da dem Arzt dann ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht zusteht.

Diese Schlußfolgerung setzt voraus, daß die enge Koppelung zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot, von der der Gesetzgeber ausging, zwingende Notwendigkeit ist. Das ist jedoch bereits in anderem Zusammenhang verneint worden ¹⁾.

Wenn auch immer wieder in den Vordergrund gestellt wurde, daß mit §97 StPO eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts unmöglich gemacht werden sollte, so erschöpft sich der Sinn des Beschlagnahmeverbots nicht in dieser Funktion ²⁾. Beide Vorschriften erfüllen im prozessualen Bereich nebeneinander - für das vorliegende Thema gesehen - dieselbe Aufgabe, die strikte Einhaltung der ärztlichen Schweigepflicht zu ermöglichen.

Sowohl das Zeugnisverweigerungsrecht als auch das Beschlagnahmeverbot schützen damit dasselbe Rechtsgut, und allein das Schutzbedürfnis dieses Rechtsguts bestimmt, ob und wann das Beschlagnahmeverbot auch ohne ein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen muß ³⁾.

Wie festgestellt, soll sich jeder Patient dem Arzt vertrauensvoll und vollständig anvertrauen können, ohne befürchten zu müssen, daß die anvertrauten Dinge gegen seinen Willen in einem Strafverfahren offenbart werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wird das überaus wichtige Interesse des Staates an einer Klärung und Ahndung von Straftaten zugunsten des Interesses an dem ungestörten Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten zurückgestellt: der Arzt muß als Zeuge nicht aussagen und eine Beschlagnahme seiner Aufzeichnungen ist verboten, soweit Berufsgeheimnisse berührt werden.

Dieser Interessenwiderstreit entsteht nicht nur, wenn der Patient einer Straftat beschuldigt wird und der Arzt als Zeuge in Betracht

1) Vgl. oben S. 144

2) H. Mayer, Schl. HA 1955, 348

3) Eb. Schmidt, DMW 1954, 1649; H. Mayer, a.a.O.; Rauschenbach, S. 197

kommt, sondern ebenso, wenn das Strafverfahren allein gegen den Arzt gerichtet ist. Auch wenn die Berufsgeheimnisse durch den Arzt in einem Verfahren gegen ihn selbst offenbart werden müßten, würde das allgemeine Vertrauen auf unbedingtes Schweigen und Schweigendürfen der Ärzte verletzt werden.

Die materiellrechtliche Schweigepflicht des Arztes bleibt auch dann bestehen, wenn er in ein Strafverfahren verwickelt wird. Da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß die Schweigepflicht der Ärzte dem Interesse an der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren grundsätzlich vorgeht, muß dieser Vorrang auch im Verfahren gegen den Arzt gewahrt bleiben.

Wenn der Arzt als Angeklagter an seine materiellrechtliche Schweigepflicht weiter gebunden bleibt, muß ihm demzufolge die prozessuale Möglichkeit gegeben werden, auch als Beschuldigter über Berufsgeheimnisse schweigen zu dürfen und seine Unterlagen über die Patienten dem Strafverfahren zu entziehen.

Allerdings hat der Arzt als Beschuldigter nicht das Recht, nach § 53 StPO seine Aussage über Berufsgeheimnisse zu verweigern ¹⁾.

Trotzdem besteht für ihn als Angeklagten keine Pflicht, Berufsgeheimnisse zu offenbaren; er hat vielmehr ein Recht zu schweigen, wie sich aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ergibt. Bei dieser Regelung sind zwar nicht soziale Interessen an dem Schweigen des Arztes berücksichtigt worden ²⁾, sondern allein das egoistische Interesse des Angeklagten, sich selbst nicht belasten zu müssen. Aber dennoch hat der Arzt als Zeuge und als Angeklagter prozessual die gleichen Möglichkeiten. Eine erzwungene Offenbarung durch eine Aussage des Arztes ist damit auch in einem Verfahren gegen ihn selbst ausgeschlossen, er muß das in ihn gesetzte Vertrauen nicht enttäuschen.

Da also das Berufsgeheimnis durch eine erzwungene Aussage des Arztes im Verfahren gegen ihn selbst nicht bekannt zu werden braucht, ist es durchaus gerechtfertigt, auch im Verfahren gegen

1) Deshalb hält Kohlhaas, Berliner Ärzteblatt 1962, 582, auch die Beschlagnahme der Unterlagen des beschuldigten Arztes für zulässig.

2) Mit diesem Gedanken hält Peters, Gutachten, S. 133, ein Beschlagnahmeverbot angelehnt an dieses Aussageverweigerungsrecht für unmöglich.

ihn eine Offenbarung des Berufsgeheimnisses durch eine Beschlagnahme der Krankenblätter zu verhindern.

Nun erfährt die materiellrechtliche Schweigepflicht zwar eine Einschränkung, wenn der Arzt in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren zum Zwecke seiner Verteidigung, soweit es nötig ist, fremde Geheimnisse offenbart; er handelt nach herrschender Meinung insoweit nicht unbefugt¹⁾.

Aber das hat nicht zur Folge, daß dann in einem Verfahren gegen ihn der Schutz der Berufsgeheimnisse schlechthin überflüssig wird und die ihm anvertrauten Tatsachen durch seine Mitwirkung stets im Strafprozeß bekannt werden dürfen. Denn die Berechtigung zur Offenbarung der Berufsgeheimnisse ergibt sich für den Arzt aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes: Nach herrschender Ansicht ist sein höchstpersönliches Interesse, vor Gericht sein Recht durchzusetzen, höher zu bewerten als das durch die Schweigepflicht geschützte Interesse²⁾.

Sollen die Krankenjournalen dagegen dazu dienen, den Arzt einer Straftat zu überführen, liegt kein zu berücksichtigendes Interesse des Arztes vor, sondern allein das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das - wie schon gesagt - grundsätzlich hinter dem Interesse, das Vertrauen zu den Ärzten zu erhalten, zurückzustehen hat.

Auch daß der Patient als Zeuge in einem Verfahren gegen den Arzt kein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht hat, soweit es die dem Arzt anvertrauten Dinge betrifft, macht das Verbot, Krankenblätter bei einer Alleintäterschaft des Arztes zu beschlagnahmen, nicht überflüssig. Denn § 97 StPO soll lediglich verhindern, daß die Berufsgeheimnisse durch eine Mitwirkung des Arztes, dem sie im Rahmen seiner ärztlichen Tätigkeit anvertraut worden sind, in das Strafverfahren eingeführt werden, um zu gewährleisten, daß jeder Kranke sich dem Arzt vertrauensvoll und vollständig offenbart. Die Vorschrift bezweckt damit nicht den Schutz der Geheim-

1) BGH St 1, 366; BGH LM, § 300, Nr. 2; Schönke-Schröder, § 300 III 2; Schulz, Arzt vor dem Richter, S. 64; Sauter, S. 273

2) Schönke-Schröder, § 300 III 2; ob dieser Interessenabwägung tatsächlich zu folgen ist, kann hier dahingestellt bleiben.

nisse der Patienten, sie enthält ein Beweismittel-, kein Beweistatsachenverbot. Über die Geheimnisse kann durchaus in anderer Weise Beweis erhoben werden; in dem Verfahren gegen den Patienten z. B. durch Vernehmung von Dritten, denen der Patient die Tatsache mitgeteilt hatte, in dem Verfahren gegen den Arzt wieder durch die Vernehmung von Dritten oder aber auch durch die Aussage des Patienten.

Immer nur dann, wenn die anvertrauten Geheimnisse dem Gericht durch die Kenntnis des Arztes vermittelt werden müßten, ist im Interesse des allgemeinen Vertrauens eine Regelung erforderlich, die die erzwungene Bekanntgabe durch den Arzt ausschließt. Eine solche Situation entsteht im Verfahren gegen den Patienten, sobald der Arzt als Zeuge seine Berufsgeheimnisse - sei es durch die Aussage, sei es durch Verlesung der beschlagnahmten Krankenblätter - zu offenbaren verpflichtet ist, wie auch im Verfahren gegen den Arzt, wenn zur Aufklärung seiner Straftat durch ihn Berufsgeheimnisse - sei es wieder durch seine Angaben, sei es durch Verlesen der Krankenpapiere - offenbart werden müssen.

In beiden Fällen muß daher verhindert werden, daß Berufsgeheimnisse durch die Mitwirkung des Arztes gegen dessen Willen bekannt werden. Wie auf den Arzt als Zeugen und auf die Krankenblätter als Beweismittel im Verfahren gegen den Patienten verzichtet wird muß auf diese Beweismittel ebenso im Verfahren gegen den Arzt verzichtet werden. Denn jedesmal kollidiert das Interesse an der Schweigepflicht, mit der das Vertrauen zu den Ärzten gefördert wird, mit dem Interesse an der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren. Nur in einem Fall das Interesse an der Strafverfolgung zurückstehen zu lassen, entbehrt jeder Rechtfertigung. Die Geheimnisbewahrung verlangt stets den Vorrang - ohne Rücksicht auf die Stellung des Patienten im Strafverfahren.

Gegen ein Beschlagnahmeverbot bei einer Alleintäterschaft des Arztes wird insbesondere geltend gemacht, der Arzt dürfe sich nicht hinter seiner beruflichen Schweigepflicht verstecken. Da das Beschlagnahmeverbot nicht seinen Schutz bezwecke, würde er in unvertretbarer Weise aus dem Verbot des § 97 StPO bei seiner Straftat Kapital schlagen ¹⁾.

¹⁾ Kohlhaas, JR 65, 109; ders., NJW 64, 1162 (1166); Müller-Dietz, S. 105; ähnl. Russek, S. 152, der trotzdem Beschlagnahmefreiheit befürwortet.

Der Arzt als Beschuldigter profitiert zwar dann aus seiner Schweigepflicht und dem Beschlagnahmeverbot, wenn die ärztlichen Krankenpapiere als einziges Beweismittel in Betracht kommen; aber dieser gleiche Profit für einen Angeklagten wird in Kauf genommen, wenn der Arzt im Strafverfahren gegen den Patienten der einzige Zeuge ist, die Krankenblätter das einzige Beweismittel sind. Obwohl das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot nicht bezwecken, den beschuldigten Patienten vor einer Verurteilung zu bewahren, kann dennoch diese Wirkung als Folge des Schutzes höherwertiger Interessen eintreten.

Dann muß es ebenso in Kauf genommen werden, daß auch der Arzt im Einzelfall "Kapital" aus dem Beschlagnahmeverbot schlägt, ohne daß diese Wirkung bezweckt ist. Diese Gefahr ist gering im Verhältnis zu der Gefahr für das erwünschte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten, die die Aussagepflicht der Ärzte und die Beschlagnahme ärztlicher Krankenpapiere mit sich bringen würde, und zwar auch dann mit sich bringen würde, wenn die Journalisten im Strafverfahren gegen den Arzt beschlagnahmt werden könnten.

Die weitere Befürchtung, bei einem Beschlagnahmeverbot im Strafverfahren gegen den Arzt könne sogar eine Straftat an dem Patienten selbst, z. B. der Kunstfehler bei der Operation, unaufgeklärt und ungesühnt bleiben ¹⁾, ist nicht gerechtfertigt. Nach der bisher vertretenen Auffassung werden mit der Entbindung von der Schweigepflicht, die der Patient in einem solchen Fall ohne Bedenken erklären wird, die Krankenblätter beschlagnahmefähig, so daß das Beschlagnahmeverbot der Heranziehung der Papiere und damit einer Aufklärung der an dem Patienten begangenen Tat nicht im Wege steht.

Die bisherigen Erwägungen haben ergeben, daß bei einer Alleintäterschaft des Arztes die Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem allgemeinen Interesse an der strikten Einhaltung der Schweigepflicht nicht anders ausfallen darf als bei der Täterschaft des Patienten. Hat der Gesetzgeber für diesen Fall mit der Gewährung des Zeugnisverweigerungs-

1) Kohlhaas, NJW 64, 1162 (1166); Müller-Dietz, S. 105

rechts und des Beschlagnahmeschutzes das Interesse an der Aufklärung von Straftaten zurückgestellt und damit die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen bereits endgültig vorgenommen, so kann die Entscheidung in jenem Fall keine andere sein. Der Gesetzgeber hat lediglich versäumt, diese bereits getroffene Abwägung im Rahmen des § 97 StPO konsequent durchzuführen ¹⁾. Auch bei der Alleintäterschaft des Arztes ist der Schutz des hinter der Schweigepflicht, dem Zeugnisverweigerungsrecht und dem Beschlagnahmeverbot stehenden Sozialinteresses vorrangig.

Mit Recht stellt Russek ²⁾ fest, daß es besser sei, der Arzt bleibe wegen einer Straftat unbestraft, als daß bei einer Untersuchung gegen den Arzt der Schutz vor Offenbarung gerade dort aufgehoben werde, wo er in erster Linie nötig wäre, nämlich dann, wenn gegen den Patienten kein Vorwurf einer Straftat erhoben werden könne.

Gerade die Allgemeinheit, deren Vertrauen zu der Ärzteschaft erhalten bleiben soll, wird wenig Verständnis dafür aufbringen, daß eine zwangsweise Bekanntgabe der anvertrauten Dinge durch eine Beschlagnahme der Krankenjournalen möglich ist, wenn der Arzt, nicht der Patient, einer Straftat beschuldigt wird. Dem allgemeinen Rechtsempfinden würde es dann noch eher entsprechen, in einem Verfahren gegen den Patienten auf das Wissen des Arztes zurückgreifen zu dürfen als in einem Verfahren gegen den Arzt, an dem der Patient nicht beteiligt ist. Man kann also sagen, wenn die Interessenabwägung schon im ersten Fall zuungunsten der Strafverfolgung ausgeht, dann erst recht auch im zweiten Fall. Soll der Schutz des allgemeinen Vertrauens zu den Ärzten auch im Strafprozeß lückenlos sein, muß die erzwungene Bekanntgabe der dem Arzt anvertrauten Dinge auch dann ausgeschlossen bleiben, wenn der Arzt, der materiellrechtlich stets zum Schweigen verpflichtet bleibt, beschuldigt ist ³⁾.

1) So auch Rupp, Gutachten, S. 181

2) S. 151 f.; Russek bedauert gleichzeitig, daß in der schweizerischen Rechtsordnung die Beschlagnahme gegen den Arzt als Alleintäter zugelassen wird.

3) Russek, a.a.O.; Hess, AM 1963, 497; Ott, S. 190; Bedenken auch bei Arndt, NJW 62, 2000; Rupp, Gutachten, S. 181; Schmelcher-Siegmund-Schultze, Münch. Med. W. 1963, 2051

Die aufgezeigte Gefahr für das erwünschte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten durch eine Beschlagnahme im Verfahren gegen den Arzt wird nicht schon dadurch ausgeschaltet, daß die beschlagnahmten Krankenblätter nur gegen den Arzt verwendet werden dürfen und für Straftaten des Patienten, die sich aus den Journalen ergeben, ein Verwertungsverbot besteht ¹⁾.

Denn nicht nur die Möglichkeit, daß z. B. wegen einer Steuerhinterziehung des Arztes die Strafverfolgungsbehörde Kenntnis von z. B. einer Abtreibung oder Körperverletzung des Patienten erhält, muß vermieden werden, sondern die ungewollte Bekanntgabe intimer und geheimzuhaltender Dinge schlechthin.

Während viele Patienten dem Arzt persönliche Einzelheiten anvertrauen, deren Bekanntgabe durch eine Beschlagnahme der Krankengeschichte störend auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten wirken würde, werden sich nur in Ausnahmefällen Anhaltspunkte für Straftaten eines Patienten aus den ärztlichen Aufzeichnungen ergeben. Nur in diesen seltenen Fällen Schutz zu gewähren, hieße die eigentliche Gefahr, die die Beschlagnahme der Krankenblätter mit sich bringt, verkennen. Diese liegt - wie gesagt - in dem Vertrauensverlust, den jede Offenbarung der anvertrauten Tatsachen in irgendeinem Verfahren, gleichgültig gegen wen es sich richtet, ohne die Zustimmung des Berechtigten herbeizuführen geeignet ist.

Obwohl teilweise erkannt wird, daß die uneingeschränkte Beschlagnahme in jedem Verfahren, in dem der Patient nicht beschuldigt ist, zu unhaltbaren Ergebnissen führt, sieht sich besonders die Rechtsprechung von dem Wortlaut des § 97 StPO gehindert, stets ein Beschlagnahmeverbot anzunehmen. Dem bestehenden Schutzbedürfnis wird damit Rechnung zu tragen versucht, daß im Einzelfall ein Beschlagnahmeverbot aus dem Persönlichkeitsrecht des Patienten hergeleitet wird ²⁾. Anerkannt ist, daß der Eingriff in ein grundgesetzlich geschütztes Rechtsgut, hier die Persönlichkeit des einzelnen, wozu die Geheimsphäre gehört, nicht

1) Kohlhaas, NJW 1964, 1162 (1166), JR 1965, und NJW 1962, 670, hält diese Regelung für ausreichend.

2) OLG Celle, NJW 65, 362; OLG Celle, NJW 63, 406; Herold, Die neue Polizei, 1965, 125; Schmelcher-Siegmund-Schultze, Münch. med. W. 1963, 2051

schränkenlos gestattet ist ¹⁾. Denn stets ist dabei eine Abwägung der Interessen im Einzelfall nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erforderlich, wobei auf die Schwere des Eingriffs und der abzuurteilenden Straftat abgestellt wird. Überwiegt das Interesse an der Strafverfolgung, darf das Persönlichkeitsrecht verletzt werden; steht dagegen die Schwere des Eingriffs in die Intimsphäre außer Verhältnis zu der Tat, muß das Interesse an der Aufklärung zurückstehen.

Aber ein im Einzelfall zugebilligtes Beweisverbot zum Schutz der Intimsphäre des Patienten ersetzt nicht das Beschlagnahme- und Beweisverbot zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten. Es handelt sich vielmehr um Beweisverbote, die nebeneinander bestehen können und müssen, da die Schutzrichtung, die Schutzwirkung und der Schutzzumfang unterschiedlich sind. Während die Rücksichtnahme auf die Intimsphäre allein ein Individualrecht des einzelnen schützt, daher auch die Abwägung im Einzelfall erforderlich und berechtigt ist, steht hinter dem Beschlagnahmeverbot für ärztliche Aufzeichnungen der Gedanke an die Allgemeinheit, deren Vertrauen zu dem behandelnden Arzt stets beeinträchtigt wird, wenn dieser im Strafverfahren die anvertrauten Dinge - sei es direkt durch eine Aussage, sei es indirekt durch Auswertung der Aufzeichnungen - offenbaren muß.

Die Schutzwirkung ist insofern eine andere, als das Beweisverbot wegen des Schutzes der Intimsphäre ein Beweistatsachenverbot enthält, damit also die Tatsache aus dem Intimbereich der Feststellung schlechthin entzogen ist, das Beweisverbot des § 97 StPO dagegen ein Beweismittelverbot zum Inhalt hat, womit nur die Benutzung eines bestimmten Beweismittels untersagt ist, über die Beweistatsache jedoch anderweitig Beweis erhoben werden kann.

Da das zweite Beweisverbot die Beschlagnahme generell untersagt, das erste dagegen nur nach einer Abwägung im Einzelfall, bietet dieses Beweisverbot als letztes auch keinen ausreichenden Schutz gegen die aufgezeigte Gefahr einer Beschlagnahme der Krankenblätter ²⁾.

1) BVerfG NJW 1963, 147; NJW 1966, 1607; Rupp, Gutachten, S. 199; Spendel, NJW 1966, 1102; Kleinknecht, NJW 1966, 1537

2) Herold, Die neue Polizei 1965, 125; hinzu kommt, daß die Gerichte den Schutz des Intimbereichs leicht zurückstellen, wie die genannten Entscheidungen zeigen.

Dieses von der Rechtsprechung entwickelte Beweisverbot zum Schutz der Intimsphäre reicht demnach nicht aus, um die Funktion und Wirkung des Beschlagnahmeverbots zum Schutz des allgemeinen Vertrauens zu den Ärzten zu ersetzen. Daher muß über den Wortlaut des § 97 StPO hinaus der Beschlagnahmeschutz auch in einem Strafverfahren gegen den Arzt gelten.

Da der Gesetzgeber - wie aufgezeigt - die Frage eines Beschlagnahmeverbots im Verfahren gegen den Arzt nicht entschieden, also auch nicht verneint hat, wäre eine Ausdehnung des § 97 StPO auch auf diesen Fall de lege lata keine Gesetzesberichtigung ¹⁾, sondern eine Gesetzesergänzung, die im Rahmen einer ergänzenden Auslegung ebenso möglich ist, wie es die Ausdehnung des Beschlagnahmeverbots nach § 97 StPO a. F. auf einseitige Aufzeichnungen des Arztes ²⁾ war.

Zur Klarstellung sollte jedoch de lege ferenda das Beschlagnahmeverbot bei einer Alleintäterschaft des Arztes in § 97 StPO ausdrücklich einbezogen werden.

Rechtspolitische Schlußfolgerungen

Wie die Ausführungen gezeigt haben, reichen die Bestimmungen der Strafprozeßordnung noch nicht aus, um das ärztliche Berufsgeheimnis in dem erforderlichen Umfang vor einem Bekanntwerden im Strafverfahren zu schützen.

Lediglich dem Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte kann vorbehaltslos zugestimmt werden, einschließlich ihrer Aussagepflicht nach der Befreiung von der Schweigepflicht. Zusätzlich zu § 247 StPO muß aber de lege ferenda ein Ausschluß der Öffentlichkeit möglich sein, wenn ein Arzt über den Gesundheitszustand eines Patienten aussagt, den dieser nicht erfahren soll.

-
- 1) Wie das OLG Celle, NJW 65, 362, annimmt. Es glaubt daher, de lege lata keine Möglichkeit zu haben, den erkannten Widerspruch zwischen § 300 StGB und §§ 53 u. 97 StPO zu beseitigen.
- 2) Eine solche Gesetzesergänzung nahm das OLG Celle, MDR 1952, 376, vor.

Das Beschlagnahmeverbot dagegen ist unvollkommen. Als erstes verlangt das durch § 97 StPO geschützte Interesse einen Schutz der ärztlichen Aufzeichnungen vor Beschlagnahme unabhängig von der Rolle des Patienten im Strafverfahren. Das Verbot muß gelten, wenn der Patient beschuldigt ist, aber ebenso, wenn er unbeteiligt ist, sei es im Verfahren gegen einen beliebigen Dritten, sei es im Verfahren gegen den Arzt selbst. Die Bezugnahme auf den Beschuldigten in § 97 StPO engt das Beschlagnahmeverbot unsachgemäß ein, soweit es sich um die Beschlagnahme von Krankenblättern handelt.

Als zweites darf mit dem Gewahrsamsverlust des Arztes nicht stets der Schutz vor einer Beschlagnahme für die ärztlichen Aufzeichnungen enden. Das Beschlagnahmeverbot muß auch bestehen bleiben, wenn der Arzt seinen Gewahrsam unfreiwillig verloren oder ihn aus einem Anlaß, der mit der Krankenbehandlung zusammenhängt, freiwillig aufgegeben hat. Daneben muß der Schutz vor einer Beschlagnahme der Krankenpapiere auch im Falle des Todes des behandelnden Arztes gewährleistet sein.

Da mit der vollständigen Entbindung von der Schweigepflicht das Verbot, Krankenjournalen zu beschlagnahmen, überflüssig wird, sollte als drittes zur Klarstellung ein entsprechender Hinweis in § 97 StPO aufgenommen oder auf § 53 Abs. 2 StPO Bezug genommen werden.

LEBENS LAUF

Am 4. Juni 1937 wurde ich als Tochter des Kaufmanns Hans C o p e k und seiner Ehefrau Erna, geb. Wotschke, in Berlin geboren.

Nach einem vierjährigen Besuch der Volksschule kam ich 1947 auf die Eichendorff-Schule, Oberschule für Mädchen, in Berlin-Köpenick. Seit 1949 besuchte ich die Eckener-Schule in Berlin-Mariendorf, an der ich am 5. März 1956 die Reifeprüfung ablegte. Anschließend begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften und bestand am 3. August 1960 das 1. juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Nach einem Vorbereitungsdienst von 3 1/2 Jahren bestand ich am 10. Dezember 1964 die 2. juristische Staatsprüfung.

Seit dem 6. Juni 1966 bin ich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.

Ich bin verheiratet und habe ein Kind.

